Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer

hohen Juristen-Fakultät

der

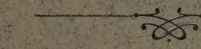
Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt

von

Martin Rieger

Justizreferendär in Stuttgart.



STUTTGART.

Druck von A. Bonz' Erben.

1901.

Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer

hohen Juristen-Fakultät

der

Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt

von

Martin Rieger

Justizreferendär in Stuttgart.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

STUTTGART.

Druck von A. Bonz' Erben.

1901.

Dem Gedächtnis meines Vaters.

Inhaltsübersicht.

		Seite
	Einleitung.	
§ 1.	1. Begriff, Zweck und Berechtigung des Z.B.R.	7—10
§ 2.	2. Die Entwicklung des Z.B.R. im gemeinen Recht	11—14
§ 3.	3. Die Regelung im B.G.B.	14—17
	Erstes Kapitel. Das Z.B.R. des Rechts der Schuldverhältnisse:	
§ 4.	1. Allgemeines	18—19
	2. Die Voraussetzungen.	
§ 5.	a. Die beiderseitigen Ansprüche	19—26
	b. Der Zusammenhang (die Konnexität) beider Ansprüche.	
§ 6.	α. Der rechtliche Zusammenhang n. § 273 Abs. 1 B.G.B.	26—36
§ 7.	β. Der thatsächliche Zusammenhang n. § 273 Abs. 2 B.G.B.	36—41
§ 8.	3. Ausnahmsweise Unzulässigkeit des Z.B.R.	41—44
§ 9.	4. Die Einrede des nichterfüllten Vertrags und das Verhältnis des § 320 zu § 273	45—49
§ 10.	**Zweites Kapitel. Das Z.B.R. des Sachenrechts**	49—56
	Drittes Kapitel. Die dem Z.B.R. des Rechts der Schuldverhältnisse u. dem Z.B.R. des Sachenrechts gemeinsamen Lehren.	
§ 11.	1. Wirkungen und Art der Geltendmachung des Z.B.R. . .	57—64
§ 12.	2. Das Z.B.R. im Konkurs	64—66
§ 13.	3. Z.B.R. und Aufrechnung	66—69
§ 14.	4. Erlöschen und Hemmung des Z.B.R.	70—72
	Benützte Litteratur	73—75

Einleitung.

§ 1.

1. Begriff, Zweck und Berechtigung des Z.B.R.

Das Zurückbehaltungsrecht (Retentionsrecht), das Recht, eine geschuldete Leistung zu verweigern, bis der Gegner seiner Leistungspflicht gegenüber dem Zurückhaltenden genügt, ist kein Ausfluss oder Anwendungsfall eines andern Rechtsinstituts, sondern ein selbständiges subjektives Recht.

Im älteren gemeinen Recht war dies nicht unbestritten. Auf Grund der verbreiteten Anschauung, dass nur körperliche Gegenstände „zurückbehalten" werden können, wurde behauptet, dass das Z.B.R. Ausfluss des Besitzes sei.[1]) Ohne auf die Irrigkeit des Ausgangspunkts hier schon einzugehen, muss darauf hingewiesen werden, dass der Besitz allerdings die thatsächliche Herrschaft über die Sache verleiht, jedoch der allgemeinen Regel gemäss bedingungslos zurückzutreten hat, sobald ein besseres Recht auf die Sache geltend gemacht wird; wenn trotzdem dem Besitzer in vereinzelten Fällen ein Recht auf Zurückbehaltung eingeräumt wird, so hängt dies nicht von der einen Thatsache des Besitzes ab, sondern von einer, unten näher zu bestimmenden Voraussetzungsreihe. Ferner wollte man im Z.B.R. einen Fall der Selbsthilfe sehen.[2]) Bestimmend für

[1]) Vergl. Schenck S. 36 ff.

[2]) S. Schenck S. 65 ff., vgl. auch die nicht klare Darstellung bei Crome, § 124, S. 545 f.

die Anhänger dieser Auffassung mag der Umstand gewesen sein, dass der Zurückhaltende aus eigener Machtvollkommenheit, ohne Inanspruchnahme der Gerichtshilfe in die Rechtssphäre des Gegners eingreift. Sie übersahen hiebei, dass diese Befugnis nicht dem Z.B.R. als solchem, sondern überhaupt allen den Rechten eigentümlich ist, welche im Weg der Einrede geltend gemacht werden. Man würde, wollte man die obige Ansicht für richtig halten, zu der offensichtlich irrigen Konsequenz gelangen, dass jedes Nichtherausgeben auf Grund einer Einrede als Selbsthilfe zu charakterisieren sei.

In der späteren gemeinrechtlichen Litteratur [1]) wurden die Versuche, das Z.B.R. unter andere Rechtsbegriffe zu subsumieren, verworfen, und die Selbständigkeit dieses Rechts anerkannt. Für das bürgerliche Recht steht sie ausser Zweifel.

Das Z.B.R. ist ein sog. Recht des rechtlichen Könnens [2]): es giebt einer bestimmten Person die Möglichkeit, durch Willenserklärung eine bestimmte Rechtswirkung herbeizuführen. Das Kannrecht steht den Rechten des rechtlichen Sollens, d. h. den Obligationen, ferner den Rechten des rechtlichen Dürfens, d. h. den absoluten Rechten gegenüber. Allerdings ist das Z.B.R., sofern es dinglichen Rechten gegenübertritt, selbst schon als dingliches, also absolutes Recht bezeichnet worden; da aber diese Konstruktion sich nur auf einen Teil der in Betracht kommenden Fälle bezieht, mag sie vorerst unerörtert bleiben. In der weiten Klasse der Kannrechte gehört das Z.B.R. dem engeren Kreise der Einrederechte zu. Die Einrederechte des B.G.B. geben die Befugnis, die Leistung, die ein anderer an sich beanspruchen kann, zu verweigern. Die Wirkung dieses Weigerungsrechts ist die, dass die gerichtliche Durchführung des einredebehafteten Rechts gehemmt wird. Im Prozesse entfaltet also das Einrederecht seine volle Wirksamkeit, mag auch die Thatsache, dass das Hemmungsrecht besteht, schon für die Zeit vor dem Prozesse von recht-

[1]) S. Langfeld S. 14 ff., 148 ff.

[2]) Zitelmann, S. 22 f., S. 28 ff.

licher Bedeutung sein (kein Verzug, keine Aufrechnungsmöglichkeit).

Der unmittelbare Erfolg des Z.B.R. ist die zeitweise Reaktionsunfähigkeit des vom Gegner erhobenen Anspruchs; man kann das Z.B.R. dieser Wirkung halber ein negatives Recht nennen.[1]) Bezweckt ist aber ein anderes, nämlich die Sicherung des Anspruchs, der dem Zurückhaltenden gegenüber dem Zurückhaltungsgegner zusteht, und die Nötigung des Gegners, diesen Anspruch zu erfüllen. Die Sicherung des Anspruchs wird erreicht durch die Aufrechterhaltung der bisherigen thatsächlichen Vermögenslage[2]): der Schuldner behält das Objekt seiner Leistungspflicht in Händen und hat die Möglichkeit zum Zweck seiner künftigen Befriedigung die Forderung des Gläubigers an ihn mit Arrest belegen zu lassen. Zugleich wird auf den Gläubiger, der weiss, dass er nur gegen das Opfer eigener Erfüllung Befriedigung erlangt, ein Druck ausgeübt, der um so empfindlicher ist, je mehr Bedeutung von seiner Seite der ausstehenden Leistung beigemessen wird. So erweist sich das Z.B.R. als wirksames Sicherungsmittel auch dann, wenn die res retenta keinen Verkehrswert, wohl aber Affektionswert besitzt.

Fragt man nach den Gründen, die den Eingriff in das gegnerische Recht, als welchen sich das Z.B.R. darstellt, rechtfertigen, so wird man im römischen und gemeinen Recht wie auch in den Motiven und Protokollen zum B.G.B. die Frage mit dem Hinweis auf Recht und Billigkeit beantwortet finden. Nach dem Vorgang des römischen Rechts wurde das Retentionsrecht während der ganzen gemeinrechtlichen Periode in der Form der exceptio doli in den Prozess eingeführt, also in der Rechtsform, deren eigenste Aufgabe darin bestand, das aequum et bonum zur Anerkennung zu bringen. In der That liegt ein dolus, ein illoyales Verhalten des Gegners vor, wenn

[1]) So Kohler, Konkursrecht S. 163 a. E.; Bekker in Jherings J.-B. Bd. 30, S. 267f.

[2]) Vgl. v. Wächter, Pandekten § 181 B.

er seinen Anspruch ohne Rücksicht auf den dem andern Teile zustehenden Gegenanspruch und den inneren Zusammenhang derselben geltend macht. Die Protokolle zum Entwurf des B.G.B. führen denselben Gedanken mit den Worten aus: „Es sei ein gesunder, offensichtlich der Billigkeit entsprechender Gedanke, dass die auf dem nämlichen rechtlichen Verhältnisse beruhenden beiderseitigen Ansprüche gleichzeitig, Zug um Zug, zur Erledigung gelangen sollen, dass keiner der Beteiligten den anderen zur Leistung solle anhalten dürfen, ohne seinerseits zu der ihm obliegenden Leistung bereit zu sein.“

Die Berechtigung des Z.B.R. liegt weiterhin in seiner Unersetzlichkeit. Hätte man, dem österreichischen Gesetzbuche folgend, auf das Z.B.R. ganz und gar Verzicht geleistet, so wäre eine erhebliche Lücke entstanden. Wohl schaffen Arrest und einstweilige Verfügung in vielen Fällen rasche Abhilfe; da aber diese Rechtsbehelfe versagen, sobald die vorgeschriebene Glaubhaftmachung nicht sofort zu erbringen, oder der Geschäftsgang wegen Überlastung des Gerichts ein schwerfälliger ist, so können sie keinen Ersatz bilden für das im Z.B.R. liegende präsente Sicherungsmittel.

Gleich hier mag das bürgerliche Z.B.R. von dem kaufmännischen (H.G.B. §§ 369 f.) geschieden werden. Der kaufmännische Verkehr verlangte ein Institut, das die schneidige Wirkung des Pfandrechts besass, ohne durch dessen Formvorschriften, wie sie die Landesrechte in unübersehbarer Fülle aufgestellt hatten, behindert zu sein. Diesem Bedürfnis Rechnung tragend hat man das kaufmännische Z.B.R. entwickelt und zu einer eigentümlichen, in sich abgeschlossenen Rechtsform ausgebaut. Vorliegende Arbeit beschränkt sich auf den Versuch, eine Darstellung des bürgerlichen Z.B.R. nach geltendem Rechte zu geben.

§ 2.

2. Die Entwicklung des Z.B.R. im gemeinen Recht.

Das Retentionsrecht ist ein römisch-rechtliches Institut. Die speziell deutschrechtlichen Retentionsrechte[1]) haben weder auf das Retentionsrecht des gemeinen Rechts noch auf das Z.B.R. des B.G.B. Einfluss ausgeübt und bedürfen daher an dieser Stelle keiner Würdigung.

Eine einheitliche, befriedigende Arbeit ist es nicht, die uns die römische Jurisprudenz über die Lehre vom Retentionsrecht hinterlassen hat; auch in dem älteren gemeinen Recht ist diese Materie noch sehr stiefmütterlich behandelt,[2]) erst der jüngeren gemeinrechtlichen Doktrin gebührt das Verdienst, das Retentionsrecht zu einem lebenskräftigen Institut ausgestaltet zu haben.

Vergeblich sucht man im Corpus juris nach einer Zusammenfassung der einzelnen Retentionsfälle oder nach der Aufstellung eines Prinzips, welches im konkreten Fall die Frage der Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des Retentionsrechts in zweifelsfreier Weise zu entscheiden gestattet. Vielmehr sind die Retentionsfälle über alle Bücher des Gesetzeswerks zerstreut, und es ist schon eine keineswegs leichte Aufgabe, die Retentionsfälle als solche zu erkennen und herauszustellen. Hiebei wurde im 17. und 18. Jahrhundert mit erstaunlicher Kritiklosigkeit verfahren. Wo im corpus juris von „retinere, retentio“ die Rede war, sah man einen Anwendungsfall des Retentionsrechts, ohne zu beachten, dass die Quellen die genannten Ausdrücke nicht als termini technici kennen, sondern meist in rein grammatikalischem Sinne verwenden. So wurde schon dann ein Retentionsfall konstatiert, wenn lediglich die äussere Erscheinung des Retentions-

[1]) Vgl. darüber Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Priv.-Rechts, 3. Aufl., 2. Bd., 2. Abt. S. 335 ff.; Meibom, Pfandrecht S. 306 ff.

[2]) Vgl. Schenck S. 16.

zustandes vorlag.[1]) Kein Wunder, dass nicht allein das Retentionsrecht selbst als eine flüssige, jeglicher Abgrenzung entbehrende Bildung in Verruf kam, sondern auch andere Begriffe von dieser Verwirrung und Unklarheit in Mitleidenschaft gezogen wurden.

Zu Anfang des 19. Jahrhunderts war zwar diese Art Kinderkrankheit des Retentionsrechts in der Hauptsache überwunden[2]), immerhin war es nicht überflüssig, wenn Schenck den Charakter des Retentionsrechts als den eines eigentümlich gearteten Rechts betonte und darauf drang, streng zu unterscheiden, ob die retentio Folge „eines besonderen, durch sich selbst fundierten Retentionsrechts oder eines anderen Befugnisses“[3]) sei.

In den Vordergrund trat nunmehr eine andere Frage, die bis zuletzt die Kardinalstreitfrage der gemeinrechtlichen Retentionslehre bildete, nämlich die, was für ein Beziehungsverhältnis zwischen dem Anspruch des Retentionsberechtigten und dem des Retentionsgegners bestehe.

Voraussetzung für diese Fragestellung bildete die Ablehnung der Ansicht, dass Anspruch und Gegenanspruch ein besonderes Beziehungsverhältnis überhaupt nicht erfordern. Mit Recht wurde dagegen geltend gemacht, dass sich für eine solche einschneidende Massregel aus den Quellen ein strikter Beweis führen lassen müsste. Ein solcher wurde aber nie erbracht, ist auch nicht zu erbringen, obschon zugegeben werden mag, dass die l. un. C. 8, 26 (pignus Gordianum) ein Retentionsrecht ohne jedes Beziehungsverhältnis zwischen Forderung und Leistungsobjekt anerkennt. Diese Gesetzesstelle ist jedoch nicht geeignet, die Grundlage für ein Rechtsinstitut von allgemeiner Geltung abzugeben: sie enthält eine singuläre Bestimmung, die von Kaiser Gordian auf Grund der

[1]) Man sagte z. B. der Faustpfandgläubiger, der Kompensierende retiniere. Vgl. Schenck S. 18 a. E.

[2]) S. Schenck S. 14 ff.

[3]) Schenck S. 9 Mitte.

besonders gearteten Umstände eines bestimmten Rechtsfalls erlassen wurde und deshalb restriktiv zu interpretieren ist.[1])

Alle Versuche, die vor und seit Schenck's Zeiten angestellt wurden und darin gipfelten, dieses Beziehungsverhältnis begrifflich zu formulieren, leiden, wie sich Bekker ausdrückt,[2]) an „dem auch sonst häufig begangenen Fehler, dass man die Antwort auf Fragen, die wir stellen, und zu stellen so berechtigt wie verpflichtet sind, unvermittelt aus den auf uns gekommenen Stücken der römischen Jurisprudenz zu entnehmen gesucht hat". Weil das Bedürfnis eine solche Formulierung dringend erheischte, war man bemüht, sie aus dem corpus juris herauszulesen. Und doch waren die überlieferten Retentionsfälle Einzelschöpfungen, Neubildungen des honorarischen Rechts für konkrete Fälle, in letzter Linie aus Erwägungen der Billigkeit hervorgegangen, nicht einem leitenden Prinzip entwachsen. Daher gelang es keinem der verschiedenen, mit viel Fleiss und wissenschaftlichem Apparat aufgebauten Konnexitätssysteme der Kritik Stand zu halten; immer liess sich dieser oder jener quellenmässige Fall anführen, der sich dem System gegenüber widerspenstig zeigte.

Nachdem schon Windscheid[3]) auf das Vergebliche dieses Beginnens hingewiesen hatte, hat denn auch die jüngste grössere Arbeit über das gemeinrechtliche Retentionsrecht, die von Langfeld, auf die Konstruktion eines einheitlichen rechtlichen Gesichtspunkts völligen Verzicht geleistet und sich mit dem Erreichbaren begnügt, nämlich damit, die Retentionsfälle im einzelnen durchzugehen, ihre charakteristischen Momente thatsächlicher Natur zu fixieren und aus diesen eine Reihe von sieben spezifischen Retentionsthatbeständen aufzustellen. Als Charakteristika sind aber diejenigen Momente zu betrachten, welche den Gesetzgeber bewogen haben, aus Billigkeit vom civilen Recht abzugehen und das Ausnahmerecht zu ge-

[1]) Vgl. Langfeld S. 75 ff.

[2]) a. a. O., S. 267.

[3]) Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 1, S. 127.

währen. Nach Langfeld[1]) ist daher für die Beantwortung der Frage, ob nach gemeinem Recht eine Retentionsbefugnis im konkreten Fall anzuerkennen sei, lediglich zu prüfen, ob der Thatbestand des konkreten Falls ein Moment enthält, welches demjenigen entspricht, auf das die Retentionsbefugnis in einem der gesetzlich anerkannten Fälle zurückzuführen ist.

§ 3.

3. Die Regelung im B.G.B.

Die Verfasser des B.G.B. hatten die Wahl, ob sie das Z.B.R. für einzelne Fälle regeln oder allgemeine Bestimmungen über seine Voraussetzungen und Wirkungen treffen wollten. Die erste Art der Regelung hat den Vorzug, dass das Recht nicht auf Fälle ausgedehnt wird, für die es sich nicht eignet, und dass Zweifel über die Zulässigkeit und Anwendbarkeit des Z.B.R. im konkreten Fall nach Kräften vermieden sind; andererseits macht sie das Übel einer grossen Zahl von Spezialbestimmungen unvermeidlich und birgt die Gefahr in sich, dass einzelne Bedürfnisfälle übersehen werden. Diese Nachteile werden bei Wahl des zweiten Wegs umgangen; aber hier ist wiederum zu befürchten, dass die Generalisierung unpassende Konsequenzen nach sich zieht. Angesichts der Bemühungen der gemeinrechtlichen Theoretiker, ein allgemein giltiges Konnexitätssystem zu finden, konnten sich die Verfasser des B.G.B. der Überzeugung nicht verschliessen, dass die Entwicklung und das Bedürfnis auf die zweite Methode hindeute, und sie haben ihr deshalb auch den Vorzug gegeben; unangebrachten Folgen derselben sollte durch Einfügung einer Schutzbestimmung vorgebeugt werden.

So wurde im Anschluss an bereits für das gemeine Recht verteidigte Meinungen[2]) die Regel aufgestellt, dass das Z.B.R.

[1]) S. 108.

[2]) Vgl. Cramer im Arch. f. d. civ. Prx. Bd. 37 § 11; Goldschmidt, Handelsrecht S. 974 ff.

im allgemeinen nur dann zuzulassen sei, wenn die beiderseitigen Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen. Daneben fanden als besondere Zurückbehaltungsfälle das Z.B.R. wegen Verwendungen und wegen eines durch den herauszugebenden Gegenstand zugefügten Schadens ausdrückliche Erwähnung. Weiterhin hat das Z.B.R. bei gegenseitigen (synallagmatischen) Verträgen, wie schon im gemeinen Recht, als Einrede des nicht oder mangelhaft erfüllten Vertrags eine selbständige Normierung erhalten.

Dies sind die Hauptkategorieen des Z.B.R. nach B.G.B. Es dürfte jedoch nicht vergeblich sein, im Gesetz nach Zurückbehaltungsfällen zu suchen, die sich diesen Kategorien nicht einreihen lassen, aber nichtsdestoweniger nach den allgemeinen Sätzen über das Z.B.R. zu beurteilen sind. So ist im § 867 [1]) gesagt, dass der Besitzer eines Grundstücks die Erlaubnis zur Aufsuchung und Wegnahme einer auf sein Grundstück gelangten, im Besitz eines andern befindlichen Sache solange verweigern kann, bis ihm wegen des zu besorgenden Schadens Sicherheit geleistet wird. Unzweifelhaft ist damit ein Z.B.R. statuiert; zu den oben genannten Normalfällen gehört es nicht, insbesondere wird man sich vergeblich bemühen, dasselbe zu einem Anwendungsfall des Z.B.R. wegen Schadenszufügung zu stempeln oder beide Ansprüche auf ein und dasselbe rechtliche Verhältnis zurückzuführen. Man erkennt daraus, dass im B.G.B. das zur Regelung des Z.B.R. zu Grunde gelegte Prinzip nicht streng festgehalten, sondern für besondere Bedürfnisfälle ausserhalb der aufgestellten Kategorieen ein Z.B.R. zugelassen ist. Bei Konstatierung solcher Zurückbehaltungsfälle ist jedoch zu beachten, dass das Gesetzbuch den Ausdruck „zurückbehalten“ zwar vorwiegend, aber nicht ausschliesslich in der technischen Bedeutung von „ein Z.B.R. ausüben“ verwendet; wenn in dem § 1428 Abs. 1 der Ehefrau die Befugnis gegeben wird, den Beitrag zu dem ehe-

[1]) Vgl. auch § 1005, der auf § 867 verweist; ferner § 811 Abs. 2.

lichen Aufwand insoweit zur eigenen Verwendung zurückzubehalten, als er zur Bestreitung ihres Unterhalts erforderlich ist, so ist hier das Wort „zurückbehalten", wie keiner Ausführung bedarf, nicht in technischem, sondern rein grammatikalischem Sinne gebraucht.[1])

Ausser der besprochenen Frage der speziellen oder generellen Regelung hatten sich die Gesetzgeber über einen weiteren Punkt von grundlegender Bedeutung schlüssig zu machen, nämlich darüber, welche Stellung dem Z.B.R. im System des B.G.B. zn geben sei. Zwei Ansichten wurden in den Kommissionsberatungen verfochten: die eine ging dahin, das Z.B.R., das sich über das ganze Rechtsgebiet erstrecke, in den allgemeinen Teil zu verweisen und zwar mit Rücksicht darauf, dass es wesentlich als Sicherungs- und Zwangsmittel dienen solle, zwischen die Bestimmungen über Selbsthilfe und die über Sicherheitsleistung. Die Vertreter der andern Ansicht forderten die Einstellung des Z.B.R. in den allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse und betonten, dass, wenn schon im Obligationenrechte das Z.B.R. für solche Fälle ausgeschlossen werden müsse, in denen seine Ausübung dem Inhalt des Schuldverhältnisses zuwiderlaufe, eine Verweisung des Z.B.R. in den allgemeinen Teil und die damit verbundene Verallgemeinerung des Instituts nicht ratsam erscheine, das Z.B.R. vielmehr ausserhalb des Obligationenrechts, wo vonnöten, durch besondere Vorschriften zu ordnen sei. Man hegte somit die Befürchtung, dass, wenn man dem Z.B.R. das gesamte Privatrecht als Anwendungssphäre einräume, die Konsequenzen sich nicht übersehen lassen und nachteilige Wirkungen nicht ausgeschlossen seien; diese Gefahr hielt man bei Beschränkung des Z.B.R. auf das Recht der Schuldverhältnisse für vermindert, ja bei Einfügung einer Schutzbestimmung für beseitigt.

Die zweite Ansicht drang durch, und das Z.B.R. wurde in das Recht der Schuldverhältnisse aufgenommen, mit der Tendenz,

---

[1]) Ebenso in § 1579.

seine Geltung auf dieses Gebiet zu beschränken. Soweit ausserhalb desselben nach Ermessen der Gesetzgeber ein Bedürfnis für Zulassung des Z.B.R. bestand, wurden für den einzelnen Fall spezielle Vorschriften erlassen. Dies ist im § 867, namentlich aber im § 1000 geschehen. Letzterer Paragraph regelt den wichtigsten Spezialfall des Z.B.R. ausserhalb des Rechts der Schuldverhältnisse, das Z.B.R. des Besitzers gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers. Ihm ist das zweite Kapitel der vorliegenden Arbeit gewidmet. Das Fazit der dortigen Erörterungen mag hier in kurzer Zusammenfassung vorangestellt werden.

Das obligationenrechtliche Z.B.R. (§ 273) und das sachenrechtliche Z.B.R. (§ 1000) repräsentieren zwei selbständige, von einander getrennt zu haltende Rechtsbildungen. Das erstere, das die drei Hauptkategorien des Z.B.R. (s. oben Seite 15) in sich vereinigt, kommt gegenüber obligatorischen, das letztere, nur die Verwendungsretention anerkennend, vorwiegend gegenüber dinglichen Ansprüchen zur Geltung. Das sachenrechtliche Z.B.R. durch analoge Übertragung der Rechtssätze des § 273 zu erweitern, ist nicht angängig; den § 1000 mit Hilfe der für das obligationenrechtliche Verwendungsretentionsrecht gegebenen Bestimmungen zu ergänzen, ist für zulässig zu halten.

Neben dem gesetzlichen Z.B.R. geht das gewillkürte Z.B.R. her. Unzweifelhaft kann eine Zurückhaltungsbefugnis durch die ausdrücklich hierauf gerichtete Erklärung der Beteiligten geschaffen werden, da das Z.B.R. dem der Willkür der Parteien anheimgegebenen Privatrechtsgebiet angehört. Das gewillkürte Z.B.R. ist nach dem Inhalt der Beredung zu beurteilen; die Bestimmungen des gesetzlichen Z.B.R. greifen nur insofern ein, als der Parteiwille darauf verweist.

Erstes Kapitel.

Das Z.B.R. des Rechts der Schuldverhältnisse.

§ 4.

1. Allgemeines.

Das obligationenrechtliche Z.B.R., geregelt in den §§ 273 und 274, zerfällt in drei Unterarten:

1. in das generelle Z.B.R. (§ 273 Abs. 1);
2. in das Z.B.R. wegen Verwendungen (§ 273 Abs. 2, 1. Fall);
3. in das Z.B.R. wegen Schadenszufügung (§ 273 Abs. 2, 2. Fall).

Die erste Art gewährt jedem Schuldner das Z.B.R., der aus demselben rechtlichen Verhältnisse, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat. Die beiden andern Arten behandeln Spezialfälle und räumen nur dem Schuldner das Z.B.R. ein, welcher einerseits zur Herausgabe eines Gegenstands verpflichtet ist, andrerseits einen fälligen Gegenanspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand bezw. wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens besitzt. Bei allen drei Arten stehen sich zwei Ansprüche im Verhältnis der Wechselseitigkeit gegenüber. Die speziellen Arten unterscheiden sich jedoch von der generellen sehr wesentlich dadurch, dass hier eine rechtliche, dort nur eine thatsächliche Beziehung zwischen den gegenüberstehenden Ansprüchen vorhanden ist; immerhin ist dieser thatsächliche Zusammenhang eng genug, um das Z.B.R. als angezeigt und gerechtfertigt erscheinen zu lassen.

Demnach lassen sich die folgenden allgemeinen Voraussetzungen des obligationenrechtlichen Z.B.R. feststellen:

1. Der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner (Hauptanspruch);
2. der Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger (Gegenanspruch);

3. der Zusammenhang beider Ansprüche, sei es in rechtlicher oder in thatsächlicher Hinsicht (Konnexität).

2. Die Voraussetzungen.

§ 5.

a. Die beiderseitigen Ansprüche.

I. Der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner (Hauptanspruch).

Wie das Pfandrecht einer Sache oder eines Rechts bedarf, an dem die Pfandwirkung zur Geltung kommt, so setzt das Z.B.R. einen Anspruch voraus, dessen Objekt vom Zurückhaltenden zur Ausübung seiner Befugnis verwandt wird. Dieser Anspruch muss einerseits dem Zurückbehaltungsgegner zustehen, andererseits gegen den Zurückhaltungsberechtigten gerichtet sein; der erstere ist an der Erfüllung des Anspruchs interessiert, und der letztere hat kraft seiner thatsächlichen Verfügungsgewalt über die geschuldete Leistung die Möglichkeit, durch Vorenthaltung derselben auf den Herrn des Anspruchs bestimmend einzuwirken.

Der Anspruch hat obligatorischen Charakter. Fälligkeit und Erzwingbarkeit im Weg der Klage ist ein regelmässiges Erfordernis desselben.[1]) Steht ein an sich nicht begründeter, etwa ein klagloser oder zur Zeit noch nicht fälliger Anspruch in Frage, so erfolgt Abweisung der Klage, ohne dass es über die Zurückbehaltungseinrede zu einer Entscheidung kommt. Ist freilich dem Beklagten anheimgegeben, die dem Anspruch anhaftenden Mängel einredeweise zu rügen, und lässt er dieses Recht unbenützt, so steht der Ausübung des Z.B.R. nichts mehr im Weg. Da die Zurückbehaltungseinrede nicht die Abweisung, sondern nur die Verurteilung auf Leistung Zug um Zug zur Folge hat, so ist ausgeschlossen, dass der abweisungsbegehrende

[1]) Ebenso Schollmeyer zu § 273, 2a.

Beklagte sich auf sein Z.B.R. beruft und es im übrigen dahingestellt sein lässt, ob der klägerische Anspruch begründet ist oder nicht; die in der Lehre der Aufrechnung so bestrittene Frage, ob ohne Feststellung des Klaganspruchs lediglich auf Grund der einredeweise geltend gemachten Aufrechnung abgewiesen werden kann, ist also für das Z.B.R. gegenstandslos.

In der gemeinrechtlichen Doktrin und auch noch unter den Beratern des Entwurfs zum B.G.B. war die Ansicht vertreten, dass das Z.B.R. auf die Zurückhaltung geschuldeter Sachen zu beschränken sei. Man konnte zwar für diese Anschauung Quellenstellen nicht anführen, aber man appellierte an den gesunden Menschenverstand und verteidigte sich damit, dass man doch nur das zurückhalten könne, was man in Detention habe; da nun Handlungen und unkörperliche Gegenstände eine Detention nicht zulassen, seien sie als Objekte des Z.B.R. nicht zu gebrauchen.[1]) Bei Ausübung des Z.B.R. kommt es jedoch nicht so sehr auf das thatsächliche Innehaben und Innebehalten, als vielmehr darauf an, dass der Zurückhaltende in der Lage ist, die Leistung an den Gegner zu verhindern und dies ist nicht nur dann der Fall, wenn der Zurückhaltende besitzt oder detiniert, sondern auch dann, wenn der Gegner, von Eigenmacht abgesehen, nur mit dem Willen des Zurückhaltenden die Leistung zu erlangen vermag.[2]) Versteht man den Begriff „Zurückbehalten" in diesem Sinn, so ist kein Grund vorhanden, das Z.B.R. auf Sachen zu bebeschränken. Das B.G.B. sowie die Schriftsteller des jüngeren gemeinen Rechts stehen daher auf dem richtigen Standpunkt, dass das Z.B.R. grundsätzlich auf alle Leistungen zu erstrecken sei, mögen sie nun auf Übergabe oder Rückgabe eigener oder fremder Sachen, auf Übertragung oder Verschaffung von Rechten, insbesondere von Forderungen, endlich auf Handlungen oder Unterlassungen gehen. Gerade die Unterstellung der Handlungen und Unterlassungen unter die Wirkungen

[1]) So Schenck S. 76 ff., S. 97; Seuffert in den Beiträgen Heft 11 § 3.
[2]) Langfeld S. 112 f.

des Z.B.R. wurde von der Litteratur kritisch aufgenommen. Seuffert[1]) äusserte sich dahin: „Beim Zurückbehalten eines facere kann man sich noch etwas denken, obwohl das Ding recht unzweckmässig wäre; aber darüber, wie sich ein Z.B.R. an einem geschuldeten non facere praktisch gestaltet, wird man sich vergeblich den Kopf zerbrechen." Die Lösung dürfte nicht so schwierig sein, wie sie sich Seuffert vorgestellt hat. Wenn die Zurückhaltung eines facere zu einem einstweiligen non facere führt, so stellt sich die Zurückbehaltung eines non facere als einstweiliges facere dar. Es ist allerdings richtig, dass in vielen Fällen das einstweilige non facere oder das einstweilige facere nicht bloss die zeitliche Aufschiebung der Leistung bewirkt, sondern geradezu endgiltiger Nichterfüllung gleichsteht. Insofern würde das Z.B.R. schlechte Dienste thun und der Billigkeit nicht entsprechen. Für solche Fälle hat aber das B.G.B. Vorkehrung getroffen durch Aufnahme der Schutzbestimmung: „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergiebt" (§ 273 Abs. 1).

II. Der Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger (Gegenanspruch).

Der Zurückhaltende will die Erfüllung eines Anspruchs erzwingen, der ihm gegen den Zurückbehaltungsgegner zusteht. Dieser Gegenanspruch ist wie der Hauptanspruch persönlicher, nie dinglicher Natur. Denn entweder ist er ein Ersatzanspruch wegen Verwendungen oder Schadenszufügung, also ein ausgesprochenes Forderungsrecht, oder beruht er auf demselben rechtlichen Verhältnis wie der Hauptanspruch und dann kommt man zu dem gleichen Resultat auf Grund der Erwägung, dass ein dinglicher Anspruch nie auf dasselbe rechtliche Verhältnis wie ein persönlicher zurückzuführen ist, da der erstere auf der Beziehung einer Person zur Sache bezw. auf der durch eine bestimmte Sache vermittelten Be-

[1]) a. a. O. 11. Heft § 3.

ziehung einer Person zu allen andern, der leztere auf einer Beziehung zwischen zwei oder mehreren bestimmten Personen beruht.

Wesentlich, auch im Gesetz ausdrücklich erwähnt, ist das Erfordernis der Fälligkeit. Der Schuldner muss zur Zeit der Ausübung des Z.B.R. befugt sein, die Leistung nach dem Inhalt des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses zu fordern; auch darf dem Anspruch keine verzögerliche Einrede entgegenstehen[1]). Nicht im Sinn des Gesetzes kann es liegen, dem Schuldner auch dann das Z.B.R. zu gewähren, wenn die Fälligkeit seiner Gegenforderung eingetreten ist, nachdem er mit der ihm obliegenden Leistung bereits in Verzug geraten war. In diesem Fall ist das Z.B.R. als mit den Grundsätzen über Treu und Glauben (§ 242) unverträglich zu versagen[2]). Wollte man aber auch die Zurückbehaltungseinrede trotz des Verzugs des Schuldners zur Entstehung gelangen lassen, so hätte es der Gläubiger immer noch in der Hand, sie unschädlich zu machen: er könnte, da die Einrede als ein ihm durch den Verzug erwachsener Nachteil anzusehen wäre, von dem Schuldner Schadenersatz verlangen, und die Ersatzpflicht würde in diesem Falle gerade darin bestehen, dass der Schuldner seinen Verzicht auf die erworbene Einrede zu erklären hätte (§ 286 Abs. 1).

Streitig ist, ob das Z.B.R. nur wegen klagbarer oder auch wegen bloss natürlicher Gegenansprüche gewährt werden kann[3].) Für die Gegenforderung, die nur im Weg der Einrede geltend gemacht wird, das Erfordernis der Klagbarkeit aufzustellen, ist ungerechtfertigt[4]). Jedoch bedarf bei den

[1]) Ebenso Planck, zu § 273 nach 1b.

[2]) In diesem Sinn für das gem. Recht Seuff. Arch. 51 Bd. Nr. 87; 55. Bd. Nr. 1.

[3]) Vgl. zum folgenden Windscheid-Kipp II § 289 S. 174 ff. und Stammler, S. 26—35.

[4]) Dagegen Dernburg, Schuldverhältnisse § 57 S. 123 und Simon in der Jurist. Monatsschrift u. s. w. Ebenso Goldschmidt S. 972, Motive, Schollmeyer zu § 273, 2a.

wesentlichen Verschiedenheiten, welche zwischen den einzelnen Naturalobligationen des B.G.B. bestehen, die Frage näherer Prüfung, bei welchen Naturalobligationen die ratio legis gestattet, den Forderungsberechtigten mit einem rechtlichen Zwangsmittel, wie es das Z.B.R. ist, zu Hilfe zu kommen. Die Frage ist zu verneinen, wenn der Anspruch zu den natürlichen Verbindlicheiten gehört, welchen das Gesetz wegen ihrer ethischen Anstössigkeit die Vollgiltigkeit abgesprochen hat[1]). In diesem Fall wird übrigens das Z.B.R. meist schon deshalb ausser Betracht bleiben müssen, weil der konnexe Anspruch des Gläubigers aus demselben Grund wie der des Schuldners der Klagbarkeit entbehrt. Letzteres trifft unter allen Umständen zu, wenn der Anspruch des Schuldners auf einem Rechtsgeschäft beruht, das wegen eines wesentlichen Formfehlers nichtig ist, durch Leistung aber geheilt werden kann[2]); denn hier sind alle Ansprüche aus dem Rechtsgeschäft, also auch der konnexe Anspruch des Gläubigers, natürliche Verbindlichkeiten. Ist der Gegenanspruch des Schuldners ein solcher, dem keine Rechtspflicht des Gegners, sondern lediglich eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht zu Grunde liegt, so kann von einem Z.B.R. des Schuldners gleichfalls keine Rede sein. Anstandsregeln sind hypothetischer Natur[3]): sie gelten nur, soweit sie der einzelne als für sich verbindlich betrachtet. Befolgt er sie nicht freiwillig, so zeigt er, dass er sie nicht anerkennt; ihn mittels Zurückbehaltung zur Erfüllung zu zwingen, ist daher nicht angängig. Von der Anstandspflicht ist die sittliche Pflicht verschieden. Die letztere hat objektiven Bestand; es steht nicht im Belieben des einzelnen, ob er sich ihr unterwerfen will oder

---

[1]) Hieher gehören §§ 656 (Mäklergebühr für Heiratsvermittlung), 762 (Spiel- und Wettschulden), 817 Satz 2 (Verbindlichkeiten, durch deren Eingehung Gläubiger wie Schuldner gegen ein gesetzliches Gebot oder gegen die guten Sitten verstossen).

[2]) Z. B. § 766 (Bürgschaftsvertrag ohne schriftliche Bürgschaftserklärung).

[3]) Vgl. Stammler, S. 30 f.

nicht. Dieser Umstand allein genügt aber nicht, um bezüglich der Frage der Anwendbarkeit des Z.B.R. den auf eine sittliche Pflicht zurückzuführenden Anspruch anders zu behandeln als den auf einer Anstandspflicht beruhenden. Die einschlägigen Gesetzesstellen (§§ 534, 814, 1446, 1641, 1804, 2205, 2330) lassen erkennen, dass die einer sittlichen Pflicht entsprechenden Leistungen endgiltige und unwiderrufliche sind und auch von Vertretern der Verpflichteten erfüllt werden dürfen, die zur Vornahme von gewöhnlichen Schenkungen zu Lasten der Vertretenen nicht befugt sind; Anhaltspunkte dafür, dass sittliche Verpflichtungen mit gesetzlichen Zwangsmitteln verfolgt werden können, sind jedoch nicht vorhanden. So kann es sich nur noch darum handeln, ob verjährte Ansprüche zur Zurückbehaltung berechtigen. Dies ist zu bejahen. Aus den Bestimmungen der §§ 222 f. und 390 ist ersichtlich, dass diese Ansprüche vom Gesetz begünstigt werden; darf ja sogar der Schuldner einer unverjährten Forderung die Aufrechnung mit einer verjährten Gegenforderung vornehmen. Es ist daher kein Wagnis, wenn man von der Zulässigkeit der Aufrechnung den Schluss auf Zulässigkeit des weniger einschneidenden Z.B.R. zieht.[1]) Allerdings findet die Aufrechnung nicht bedingungslos statt, sondern ist aus Gründen der Billigkeit an die Voraussetzung geknüpft, dass die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war. Eine analoge Einschränkung auch für das Z.B.R. zu treffen, ist aber deshalb überflüssig, weil das Z.B.R. durch das Erfordernis des rechtlichen oder thatsächlichen Zusammenhangs zwischen den gegenüberstehenden Ansprüchen gegen unbillige und zweckwidrige Ausübung genügend gesichert ist.

Haupt- und Gegenanspruch müssen zwischen denselben Personen begründet sein, so dass also der Gläubiger des Haupt-

[1]) Ebenso Schollmeyer a. a. O., dagegen Simon a. a. O.: „Da die Wirkungen einer natürlichen Verbindlichkeit über das gesetzliche Mass hinaus nicht ausgedehnt werden können."

anspruchs Schuldner des Gegenanspruchs, und der Gläubiger des Gegenanspruchs Schuldner des Hauptanspruchs ist. Beim Fehlen dieser wechselseitigen Beziehungen wäre die Ausübung des Z.B.R. unberechtigt und zwecklos. Diese Regel erleidet jedoch zwei Ausnahmen: dem Bürgen des Zurückhaltungsberechtigten steht die Zurückbehaltungseinrede des letzteren ohne weiteres zu, da der Bürge prinzipiell keine schlechtere Stellung einnehmen soll, als der Hauptschuldner selbst, und daher alle dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann (§ 768); ferner bleibt dem Zurückhaltungsberechtigten die zur Zeit der Abtretung des Hauptanspruchs begründete Zurückbehaltungseinrede gegenüber dem Cessionar gewahrt (arg. § 404: „alle Einwendungen"). Nicht aber steht demjenigen die Einrede zu, welcher gemäss § 414 die Schuld des Zurückhaltungsberechtigten übernommen hat, ohne zugleich Cessionar des Berechtigten bezüglich des Gegenanspruchs geworden zu sein. Eine Forderung, die einem Gesamtschuldner zusteht, berechtigt die übrigen Schuldner so wenig zur Zurückbehaltung wie zur Aufrechnung (§ 422 Abs. 2).

Ungleichartigkeit der gegenüberstehenden Ansprüche ist nicht geradezu Erfordernis des Z.B.R. Wohl aber wird die Ausübung des Rechts nur bei ungleichartigen Forderungen Sinn und Zweck haben, da bei Gleichartigkeit der Ansprüche das vorteilhaftere Rechtsmittel der Aufrechnung zur Verfügung steht. Nur dann hat trotz vorhandener Gleichartigkeit das Z.B.R. Bedeutung, wenn Aufrechnung unzulässig, Zurückbehaltung aber zulässig ist. Dies dürfte der Fall sein, wenn die Aufrechnung kraft der gesetzlichen Vermutung des § 391 Abs. 2 als ausgeschlossen zu betrachten ist. Ob auch in dem Fall, wenn die Aufrechnung wegen Unpfändbarkeit der einen Forderung ausgeschlossen ist, wird unten [1]) erörtert werden.

Strittig ist nach B.G.B. wie schon nach gemeinem Recht, [2])

[1]) § 13 S. 67 ff.

[2]) S. Schenck S. 109 (Schenck selbst verneint die Frage) und Langfeld S. 115 (auch Langfeld steht auf dem verneinenden Standpunkt).

ob der Wert der zurückbehaltenen Leistung in einem Verhältnis zur Grösse der Forderung des Zurückhaltungsberechtigten stehen muss, m. a. W. ob nur ein dem Betrag des Gegenanspruchs entsprechender Teil der geschuldeten Leistung oder diese in ihrem ganzen Umfange zurückgehalten werden kann. Schollmeyer a. a. O. ist für die erste Alternative, da Billigkeit die Grundlage des ganzen Z.B.R. sei, auch § 320 Abs. 2 Analoges bestimme. Die Billigkeit erfordert aber gerade, dass dem Schuldner das Recht gegeben werde, die Leistung in ihrem ganzen Umfange zurückzuhalten, mag auch die ihm gebührende Leistung noch so gering sein. Wozu auf den Gläubiger so weitgehende Rücksicht nehmen, der es in der Hand hat, durch Sicherheitsleistung den Notbehelf des Schuldners überflüssig zu machen? Ein Analogieschluss aus § 320 ist verfehlt, da hier dem Gegner das Recht zur Sicherheitsleistung ausdrücklich abgesprochen wird.

b. Der Zusammenhang (die Konnexität) beider Ansprüche.

§ 6.

α. Der rechtliche Zusammenhang.

Im vorangangenen Paragraphen wurde auf die Möglichkeit hingewiesen, dass im konkreten Falle trotz Gleichartigkeit der Ansprüche die Zurückbehaltung, nicht aber die Aufrechnung zulässig sei; häufiger werden die Fälle sein, welche Aufrechnung, nicht aber Zurückbehaltung gestatten, und zwar deshalb, weil das Z.B.R. im Gegensatz zum Recht der Aufrechnung, einen inneren Zusammenhang zwischen den gegenüberstehenden Ansprüchen verlangt. Ein solcher, die Zurückbehaltung rechtfertigende Zusammenhang wird nach der Vorschrift des Gesetzes für die Regel nur dann anerkannt, wenn er dem rechtlichen Gebiet angehört und darin besteht, dass die Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen. Damit hat das B.G.B. dem verschwommenen Konnexitätsbegriff des

gemeinen Rechts eine neue, aber nicht ganz glückliche Formulierung gegeben. Der Begriff des rechtlichen Verhältnisses ist unpräzis und nicht geeignet, den alten Streit über Umfang und Geltungsgebiet des Z.B.R. für immer aus der Welt zu schaffen. Im folgenden soll versucht werden, diesen Begriff zu erläutern und schärfer zu fassen.

Wenn Anspruch und Gegenanspruch auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen, so ist das rechtliche Verhältnis die einheitliche Grundlage beider Ansprüche, und jeder einzelne Anspruch ein Ausfluss des rechtlichen Verhältnisses als eines untrennbaren Ganzen. Damit ist nicht gesagt, dass den einzelnen Ansprüchen keine selbständige Existenz neben dem rechtlichen Verhältnis zukomme, und sie in sich zusammenfallen müssten, wenn das rechtliche Verhältniss zu existieren aufhörte — auch nach Aufhebung des letzteren können die Ansprüche ganz wohl fortdauern,[1]) — sondern nur das, dass die einzelnen Ansprüche nicht hätten entstehen können, wenn nicht das rechtliche Verhältnis gewesen wäre. Der Begriff des rechtlichen Verhältnisses deckt sich keineswegs mit dem des „rechtlichen Zusammenhangs", der in § 145 Abs. 2 C.P.O. zur Verwendung gekommen ist. Der letztere Begriff ist der weitere, er umfasst auch die Fälle, in denen die Ansprüche auf verschiedenen Rechtsverhältnissen beruhen, aber durch ein rechtliches Bindemittel, z. B. durch eine Bedingung, welche die Existenz des einen Anspruchs von der Existenz des andern abhängig macht, in Beziehung zu einander gebracht worden sind.

Aus der in den §§ 3 und 5 getroffenen Feststellung, dass die Ansprüche des § 273 obligatorische sind, ergiebt sich der Schluss, dass das rechtliche Verhältnis, aus dem diese Ansprüche fliessen, auch nur obligatorischer Natur sein kann. Ein obligatorisches rechtliches Verhältnis aber nennt man technisch Schuldverhältnis.[2]) Es wird nun allerdings im Abs. 1 des

[1]) Ebenso Mitteis S. 24 unter Bezugnahme auf l. 26 pr. D. mand. 17, 1.

[2]) Gemeint ist, wie unten S. 28 ff. ausgeführt, das Schuldverhältnis i. w. S.

§ 273 der Begriff „rechtliches Verhältnis“ neben dem des Schuldverhältnisses gebraucht („sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergiebt“). Dieser Wechsel in der Bezeichnung für ein und dasselbe ist auffallend, vermag aber die Richtigkeit der hier gegebenen Auslegung des „rechtlichen Verhältnisses“ nicht zu erschüttern, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Verfasser des Entwurfs zum B.G.B. sich noch im Unklaren über die rechtliche Natur des von ihnen geschaffenen Konnexitätsbegriffs befanden. Dass dies der Fall war, geht mit Deutlichkeit aus den Protokollen hervor. Die von einer Seite erhobene Forderung, den Konnexitätsbegriff durch Aufstellung fester Kennzeichen zu begrenzen, wurde nämlich mit folgender Begründung abgelehnt: „Die Abgrenzung des Begriffs der Konnexität werde allerdings unter Umständen Schwierigkeiten bereiten . . . Diese Schwierigkeiten seien aber nicht von solcher Bedeutung, dass um ihretwillen die innerlich berechtigte Vorschrift des Entwurfs aufgegeben werden müsste. Die C.P.O. habe sich durch die nämliche Schwierigkeit, welche der Begriff des „rechtlichen Zusammenhangs“ biete, nicht abhalten lassen, diesen Begriff im § 136 Abs. 2 (alter Fassung) zu verwerten.“

Das Problem ist nicht gelöst, sondern präzisiert, wenn man das rechtliche Verhältnis im Sinn des § 273 mit dem Begriff des Schuldverhältnisses identifiziert. Sofort erheben sich die weiteren Fragen: Was ist ein Schuldverhältnis? Wann stellt sich das Schuldverhältnis als eine Einheit dar?

I. Das Schuldverhältnis.[1])

Dem Schuldverhältnis liegt wie jedem Rechtsverhältnis ein Thatbestand zugrunde, d. h. Vorgänge der Aussenwelt: Willenserklärungen (Handlungen), Ereignisse. An sie tritt die

---

[1]) Windscheid-Kipp I § 38, § 64 Anm 6, II § 250; Planck, Vorbem. zum Recht der Schuldverhältnisse; Bierling, II §§ 206 ff.; Stammler § 58, S. 214 ff.

Rechtsordnung heran, bringt die beteiligten Subjekte in eine rechtlich geschützte Beziehung und lässt aus der letzteren Rechtswirkungen in Gestalt von Rechten und Pflichten hervorgehen. Diesen Rechten ist eigentümlich, dass der Wille des Berechtigten für das Verhalten nur einer oder mehrerer bestimmter Personen massgebend ist. Sie unterscheiden sich hierin von den dinglichen Rechten, welche den Willen des Berechtigten in Beziehung auf eine Sache für das Verhalten aller massgebend sein lassen.

Auch spezifisch familienrechtliche Thatbestände wie Eheschluss, Geburt, Vormundsbestallung schaffen rechtliche Beziehungen zwischen bestimmten Personen und geben deshalb vielfach Veranlassung, allgemeine Vorschriften aus dem Recht der Schuldverhältnisse auf sie anzuwenden. Trotzdem wäre es mit Rücksicht auf die Eigenart des familienrechtlichen Verhältnisses (Ehe, Verwandtschaft, Vormundschaft) wenig passend, dasselbe schlechthin unter den Schuldverhältnisbegriff zu subsumieren, vielmehr ist das familienrechtliche Verhältnis als ein dem Schuldverhältnis nahe verwandtes, aber doch selbständiges Rechtsverhältnis zu charakterisieren. Dass dem B.G.B. dieselbe Auffassung zu Grunde liegt, ist u. a. daraus ersichtlich, dass für die berechtigte und verpflichtete Person eines familienrechtlichen Verhältnisses die beim Schuldverhältnis üblichen Bezeichnungen „Gläubiger“ und „Schuldner“ nicht verwandt werden.

Man kann daher das Schuldverhältnis definieren als eine kraft Spruchs der Rechtsordnung an einen bestimmten, jedoch dem Familienrecht nicht angehörigen Thatbestand geknüpfte, in Rechten und Pflichten sich äussernde Beziehung zwischen zwei oder mehreren bestimmten Personen.

Von diesem Schuldverhältnisbegriff ging der Gesetzgeber aus, wenn er dem 7. Abschnitt des 2. Buchs, wo Kauf, Tausch, Miete, Leihe u. s. w. normiert sind, die Überschrift gab: „Einzelne Schuldverhältnisse.“ Sicherlich sollte hier mit dem Ausdruck „Schuldverhältnis“ die durch einen Kauf- Tausch-

Mietvertrag zwischen den Parteien geschaffene Gesamtbeziehung bezeichnet werden.

Das Wort Schuldverhältnis wird in Gesetz und Litteratur auch noch in einem anderen, engeren Sinne gebraucht und bedeutet dann den einzelnen aus dem Gesamtverhältnis entspringenden Anspruch.[1]) Wenn in § 362 bestimmt ist: „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird", so kann unter Schuldverhältnis nicht die dem einheitlichen Thatbestand entsprungene Gesamtbeziehung, die die Quelle der einzelnen Rechte und Pflichten ist, verstanden sein, sondern nur das durch den einzelnen Anspruch und die korrespondierende Verpflichtung gebildete Verhältnis zwischen Gläubiger und und Schuldner. Giebt der Mieter die Mietsache vertragsgemäss zurück, so fällt lediglich die durch das Recht des Vermieters auf Rückgabe der Mietsache und die entsprechende Pflicht des Mieters begründete Einzelbeziehung in sich zusammen, keineswegs das ganze, durch den Mietvertrag begründete rechtliche Verhältnis. Wie liessen sich sonst nachträgliche Ersatzansprüche des Mieters oder Vermieters „aus dem Mietverhältnisse" (§§ 547, 558) rechtfertigen!

Der Ausdruck „rechtliches Verhältnis" in § 273 entspricht diesem engeren Schuldverhältnisbegriff jedenfalls nicht; dies geht aus dem Inhalt des § 273 klar hervor, wonach das rechtliche Verhältnis die Grundlage nicht bloss eines, sondern mindestens zweier Ansprüche bildet. Es könnte sich aber fragen, ob nicht der in § 273 Abs. 1 ausdrücklich als Schuldverhältnis bezeichnete Rechtsbegriff in diesem engeren Sinne aufzufassen ist. Auch dies ist zu verneinen; die Gründe hiefür werden in § 8 dargelegt werden.

---

[1]) Vgl. Stammler a. a. O., Puntschart S. 57 ff., 70.

II. Die Individualisierung des Schuldverhältnisses.[1])

Auf die alte Streitfrage, ob trotz Vorhandenseins einer Personenmehrheit auf der aktiven oder passiven Seite ein einheitliches Schuldverhältnis angenommen werden kann, braucht an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden. Auch wenn man die Frage bejaht, wird man im konkreten Falle, wenn es sich um Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Z.B.R. handelt, der Aufgabe nicht enthoben, auf die zwischen dem einzelnen Gläubiger und dem einzelnen Schuldner bestehende Rechtsbeziehung zurückzugehen und die Entscheidung lediglich nach dem Inhalt der letzteren zu treffen.[2]) Es kann also der folgenden Untersuchung der Normalfall, das zwischen einem Gläubiger und einem Schuldner bestehende Rechtsverhältnis, zu Grunde gelegt werden.

In der Litteratur hat sich die herrschende Ansicht herausgebildet, dass das Schuldverhältnis i. e. S. 1. durch die Personen des Gläubigers und Schuldners, 2. durch den Entstehungsgrund (Thatbestand), 3. durch die Leistung völlig bestimmt werde. Durch die Personen des Gläubigers und Schuldners und den Entstehungsgrund wird auch das Schuldverhältnis i w. S.[3]) individualisert, — dies ist unbestritten und bedarf keiner Ausführung[4]) — dagegen kann die Leistung als weiteres Individualisierungsmoment nicht in Frage kommen: das Schuldverhältnis i. w. S. unterscheidet sich ja vom Schuldverhältnis i. e. S. gerade dadurch, dass dieses nur eine Leistung, jenes eine unbegrenzte Anzahl von Leistungen zum Gegenstand haben kann. Ein drittes Merkmal ist not-

---

[1]) Hartmann, die Obligation; Wach, Handbuch des d. Civilprozessrechts; v. Schey in Grünhut's Ztschr. VIII S. 111 ff.; Mitteis, die Individualisierung der Obligation.

[2]) Vgl. oben S. 24 u. 25.

[3]) Wenn im folgenden vom Schuldverhältnis ohne Zusatz gesprochen wird, ist das Schuldverhältnis i. w. S. gemeint.

[4]) Windscheid Pandekten 4. Aufl., I § 64 S. 166, vgl. mit Hartmann a. a. O. S. 153.

wendig; denn wodurch sollen die mehreren zwischen denselben Personen bestehenden und auf einem und demselben Thatbestande beruhenden Schuldverhältnisse individualisiert werden? Die Antwort lautet: durch den Zweck, dem das einzelne Schuldverhältnis dient, und der seinen Ursprung entweder in dem Willen der Parteien[1]) oder in dem des Gesetzgebers hat, je nachdem das Schuldverhältnis auf Rechtsgeschäft, d. h. auf einer vom Recht mit Rechtswirkung ausgestatteten Parteiwillenserklärung, oder einzig und allein auf Gesetzesvorschrift beruht. Mögen auch die einzelnen rechtserzeugenden Thatsachen räumlich und zeitlich auseinanderfallen oder sich eng aneinanderschliessen, der Zweck ist es, welcher das Vereinigte trennt und das Getrennte vereinigt. Soviel Zwecke, soviel Schuldverhältnisse.

Was zunächst die Parteizwecke anbelangt, so werden dieselben erfahrungsmässig nach bestimmten Typen unterschieden. So spricht man von einem Kauf- Miet- Leih- Tauschzweck. Der regelmässige Inhalt dieser Zwecke ist im 7. Abschnitt des 2. Buchs des B.G.B. im Zusammenhange dargestellt; diese Zusammenstellung erleidet im konkreten Fall in Folge der besonderen Wünsche und Absichten der Parteien bald Erweiterungen, bald Kürzungen; die Kürzungen dürfen sich jedoch nicht auf solche Ansprüche beziehen, welche sich als sog. essentialia negotii darstellen.

Jeder rechtsgeschäftliche Thatbestand ist nach zwei Richtungen hin zu prüfen, erstens ob in demselben mehrere verschiedene Typen, zweitens ob in ihm mehrere demselben Typus angehörige Zwecke verwirklicht sind. In der Regel wird die letztere Feststellung die grösseren Schwierigkeiten bereiten; sie wird aber durch die auf römisch-rechtlicher Grundlage[2]) beruhenden Regel erleichtert, dass dem Vertrage,

[1]) Mitteis S. 13, 14.

[2]) L. 29 pr. D. de V.O. 45, 1: scire debemus, in stipulationibus tot esse stipulationes quot summae sunt, totque esse stipulationes quot species sunt. Weitere Stellen s. bei Mitteis S. 46 N. 53.

in dem über mehrere species dieselbe rechtsgeschäftliche Verfügung getroffen ist, eine der Zahl der species entsprechende Zahl von gleichartigen Zwecken zu Grunde liegt. Nur dann kann trotz des Vorhandenseins einer Vielheit von Objekten ein einheitlicher Zweck als vorliegend angenommen werden, wenn die mehreren species im Rechtsverkehr als eine Einheit betrachtet werden. Letzteres trifft zu, wenn sich die eine Sache als Hauptsache, die andere als Zubehör darstellt, wenn die Sachen zusammen einen Sachinbegriff bilden oder wenn sie der Kategorie der vertretbaren Sachen angehören, bei denen die species vollständig in den Hintergrund tritt und nur die durch Mass-, Zahl- und Gewichtsbestimmung geschaffene Einheit massgebend ist. Zweifellos erleidet die aufgestellte Regel eine Ausnahme auch dann, wenn feststeht, dass die Parteien mehrere an sich selbständige Objekte zu einer Einheit zusammengefasst wissen wollten.

Sind unbestrittenermassen in demselben Thatbestande mehrere Zwecke verwirklicht, haben aber die Parteien die Rechtsgeschäfte in einen solch innigen Zusammenhang gebracht, dass sie zusammen stehen und fallen [1]), so wird zwar dadurch eine Schicksalsgemeinschaft zwischen den einzelnen Schuldverhältnissen geschaffen, jedoch ihre durch die Einheitlichkeit des Zwecks geschaffene Einheit nicht alteriert. Unter Umständen kann aus einem solchen Vertrage die stillschweigende Vereinbarung abgeleitet werden, dass jeder Kontrahent die Erfüllung seiner Verpflichtung auch wegen eines solchen Anspruchs verweigern darf, welcher nicht auf demselben, wohl aber auf dem zusammenhängenden Schuldverhältnis beruht.

Wie dem rechtsgeschäftlichen, so liegt auch dem gesetzlichen Schuldverhältnis ein bestimmter Zweck zu Grunde, jenem ein Zweck der Parteien, diesem ein Zweck des Gesetzgebers. Auch hier ist der Zweck unentbehrliches In-

[1]) Beisp. Um sich Barmittel zu verschaffen, verkauft A an B ein Stück seines Mobiliars und lässt sich dasselbe uno actu (im Wege des constitutum possessorium) zur Miete geben.

dividualisierungsmoment, obschon das gesetzliche Schuldverhältnis, dessen Inhalt nach allen Seiten hin durch die Gesetzesvorschrift begrenzt ist, ein festeres Gefüge besitzt als das der Parteiwillkür unterworfene rechtsgeschäftliche Schuldverhältnis. Diese Bedeutung des Zwecks zeigt sich, wenn es gilt, mehrere demselben Thatbestand entsammende gesetzliche Schuldverhältnisse von einander zu sondern. Nimmt A an dem Haus des B notwendige Reparaturen vor und macht hiebei Aufwendungen, die den Wert des Hauses steigern, so hat beispielsweise A gegen B einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen und daneben hergehend einen Bereicherungsanspruch, B gegen A einen Anspruch auf Rechenschaftsablegung eventuell auf Schadensersatz wegen culpa. Diese Ansprüche beruhen sämtlich auf demselben Thatbestande, sind aber Ausflüsse verschiedener Schuldverhältnisse, weil sie im Sinne des Gesetzes verschiedenen Zwecken dienen, der eine dem Zweck, die durch eine grundlose Bereicherung verursachte Vermögensverschiebung zum Ausgleich zu bringen, die andern, die durch eine Geschäftsführung ohne Auftrag hervorgerufenen Interessen des Geschäftsführers sowie des Geschäftsherrn wahrzunehmen. Ausser den Genannten lassen sich als weitere gesetzgeberische Zwecke anführen: der Zweck, die durch eine Rechtsgemeinschaft oder durch die Übernahme und Besorgung eines Testamentsvollstreckeramts zur Entstehung gelangten Interessen der Beteiligten zu wahren, der Zweck, ein ungiltiges, aber schon vollzogenes Rechtsgeschäft oder ein an sich zu Recht bestehendes, aber durch Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts aufgelöstes Rechtsgeschäft nach allen Seiten hin rückgängig zu machen.

Jeder dieser gesetzgeberischen Zwecke schliesst sich an einen einheitlichen (vom Gesetz fixierten) Thatbestand an. Die Einheit des Thatbestandes wird, sofern er durch den Willensakt eines oder beider Beteiligten geschaffen worden ist, durch die Einheit des dem Handeln zu Grund liegenden Zwecks hergestellt. Dies wird am besten durch das Bei-

spiel der Geschäftsführung ohne Auftrag illustriert. Ist das Eingreifen des Geschäftsführers auf das Bestreben zurückzuführen, das gesamte Vermögen des Geschäftsherrn zu verwalten, so kann man trotz der Mehrheit der Handlungen mit Rücksicht auf den einheitlichen Zweck doch nur von einer Geschäftsbesorgung sprechen. Aus demselben Grunde ist die Einheit des Thatbestandes gegeben, wenn die eine Handlung sich als Voraussetzung für die Vornahme der andern oder als notwendige Folge des vorangegangenen Thätigwerdens darstellt oder wenn es dem Interesse sowie dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn entspricht, dass die eine Handlung nicht ohne die andere vorgenommen werde. Fehlt aber ein solcher innerer Zusammenhang zwischen den einzelnen Eingriffen, und ist jedes Thätigwerden als ein in sich abgeschlossenes, einem selbständigen Zwecke entsprungenes Handeln zu betrachten, so liegt eine der Zahl der Zwecke entsprechende Anzahl von Geschäftsbesorgungen vor, mag auch der engste zeitliche und räumliche Zusammenhang zwischen den einzelnen Geschäften konstatiert werden können. — Ist der Thatbestand nicht auf einen Willensakt, sondern auf ein vom Willen der Parteien unabhängiges Ereignis zurückzuführen, und ist darum ein Abstellen auf das Zweckmoment unmöglich, so ist schon das räumlich und zeitlich zusammenhängende Geschehen als einheitlicher Thatbestand aufzufassen.

III. Nicht alle Thatbestände, welche von der Rechtsordnung mit der Fähigkeit ausgestattet sind, ein Schuldverhältnis zu schaffen, kommen für das Z.B.R. in Betracht. Da das Z.B.R. voraussetzt, dass sich zwei wechselseitige (vgl. oben S. 24 f.), auf demselben Rechtsverhältnis beruhende Ansprüche gegenüberstehen, so sind nur solche Thatbestände anzuführen, die zweiseitige Schuldverhältnisse erzeugen. Ja auch unter diesen ist noch eine Kategorie zum Teil auszuscheiden, nämlich die der vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Verträge: denn für sie ist das Z.B.R., sofern sich die Ansprüche im Verhältnis von Leistung und gleichwertiger Gegenleistung gegenüberstehen,

durch die §§ 320, 322 in spezieller Weise geregelt. Es sind daher von den Verträgen vor allem die unvollkommen zweiseitigen zu nennen, d. h. diejenigen, welche zwar auf beiden Seiten Rechte und Pflichten begründen, aber nicht in dem Sinn, dass die Leistung des einen Teils sich als ein Äquivalent für die des andern Teils darstellt, namentlich Auftrag, Leihe, Verwahrung. Zu den zweiseitigen gesetzlichen Schuldverhältnissen gehören u. a. die Geschäftsführung ohne Auftrag, die Gemeinschaft (communio incidens, z. B. Mitvermächtnisnehmergemeinschaft), das Testamentsvollstreckeramt, das Schuldverhältnis zum Zweck der Rückgängigmachung eines ungiltigen, aber schon vollzogenen Rechtsgeschäfts oder eines an sich rechtsbeständigen, aber durch Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts anfgelösten Rechtsgeschäfts.

§ 7.

β. Der thatsächliche Zusammenhang.

Als Ausnahmen des in § 273 Abs. 1 ausgesprochenen Prinzips erscheinen die im § 273 Abs. 2 aufgeführten Zurückbehaltungsfälle, das Z.B.R. wegen Verwendungen und wegen Schadenszufügung. In der ausdrücklichen Hervorhebung dieser Fälle liegt das Zugeständnis, dass sie das charakteristische Merkmal des generellen Z.B.R.: das einheitliche rechtliche Verhältnis, auf dem die Ansprüche beruhen, vermissen lassen. Die Ansprüche sind hier jedoch insofern verknüpft, als das Objekt des Hauptanspruchs identisch ist mit dem Gegenstand, der die Verwendungen in sich trägt bezw. den Schaden verursacht hat — freilich Beziehungen, die sich lediglich als thatsächliche charakterisieren lassen.

I. Das Z.B.R. wegen Verwendungen.

In dem Z.B.R. wegen Verwendungen kommt die aequitas, auf welcher sich das Institut des Z.B.R. aufbaut, zu vollem Ausdruck. Hat der Beklagte auf die herauszugebende Sache

Aufwendungen gemacht, die zu wesentlichen Bestandteilen der Sache geworden sind, so hat das Recht des Eigentümers ipso iure auch die neu hinzugekommenen Teile ergriffen (§ 93, vgl. auch §§ 946 ff, insbesondere § 951 Abs. 2). Der Beklagte wäre in einer höchst ungünstigen Lage, wenn er die Sache samt Impensen bedingungslos auszuantworten hätte und einzig und allein auf seine Ersatzforderung gegen den Kläger angewiesen wäre. Das ist auch von jeher anerkannt und berücksichtigt worden, insbesondere vom römischen und gemeinen Recht.[1]) Hier stand die Verwendungsretention im Mittelpunkt der Retentionslehre; einer der gemeinrechtlichen Schriftsteller, Groskopff,[2]) suchte sogar die Behauptung plausibel zu machen, dass die Verwendungsretention der einzige eigentliche Retentionsfall sei. Die Retentionseinrede konnte sowohl dinglichen wie obligatorischen Klagen entgegentreten, hatte jedoch bei dinglichen Klagen insofern erhöhte Bedeutung, als ihnen gegenüber der Verwender kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung (l. 48 D. de rei vind. 6, 1; l. 33 D. de cond. indeb. 12, 6) nur auf dem Wege der Retention (nicht mit einer Klage, nicht mit Hilfe der Kompensation, auch nicht mit einer nachträglichen Bereicherungsklage) Ersatz für seine Aufwendungen erlangen konnte. Aus dieser Thatsache durfte jedoch noch nicht der von Groskopff gezogene Schluss abgeleitet werden, dass auf Seiten des Verwenders nicht einmal eine natürliche Forderung vorliege. Nach Schwanert[3]) ist die Existenz der naturalis obligatio durchaus nicht an das Zutreffen aller ihrer regelmässigen Kennzeichen gebunden — ein solches ist namentlich die Kompensationsmöglichkeit —, vielmehr kann aus mancherlei Gründen im einzelnen Fall das eine oder andere Merkmal fehlen, und nichts destoweniger ist eine naturalis oblgatio vorhanden.

---

[1]) Langfeld S. 32 ff., namentlich S. 37 f., S. 41.

[2]) Groskopff, zur Lehre vom Retentionsrechte S. 11 (Ende der Einl.), S. 25 f. (§ 4), S. 93 (§ 19); hiezu Langfeld S. 24 ff. Wie Groskopff Dernburg, Pfandrecht I S. 101 f.

[3]) Die Naturalobligationen des röm. Rechts S. 188 ff.

Das B.G.B. trennt scharf die Verwendungsretention gegenüber obligatorischen (§ 273 Abs. 2) und die gegenüber dinglichen Ansprüchen auf Herausgabe (§ 1000). Der vorliegende Paragraph wird sich im allgemeinen nur mit der Verwendungsretention der ersteren Art beschäftigen. Die Fragen jedoch, welche der dinglichen, wie der obligatorischen Verwendungsretention gemeinsam sind, finden hier schon ihre Besprechung.

Eine „Verwendung auf den Gegenstand" liegt vor, wenn Aufopferungen zur Erhaltung oder Verbesserung bezw. Werterhöhung des Gegenstands gemacht worden sind, mögen sie in unmittelbaren Vermögensaufwendungen oder in Eingehung von Verbindlichkeiten bestehen. Dabei ist gleichgiltig, ob die Verwendung dem Gegenstand allein zu gute kommt oder ihm nur nebenbei dient, in der Hauptsache aber einem andern Vermögensobjekt von Nutzen ist. Bezahlt der Besitzer einer Lebensversicherungspolice, welche lediglich die Eigenschaft einer Beweisurkunde besitzt, die jährlichen Prämien, so macht er streng genommen Verwendungen auf den Versicherungsanspruch und nicht auf die Vertragsurkunde. Trotzdem ist ihm das Recht zuzugestehen, der Vindikation des Eigentümers der Police mit der Zurückbehaltungseinrede zu begegnen, da er durch seine Leistungen nicht nur den Versicherungsanspruch vor dem Verfall bewahrt hat, sondern zugleich die Urkunde in ihrem wirtschaftlichen Wert ungeschwächt erhalten hat.[1])

Die Fälle, in denen Verwendungs- und Herausgabeanspruch konnex sind, bedurften im Gesetz keiner besonderen Berücksichtigung mehr, da sie schon durch Abs. 1 des § 273 gedeckt waren. Die obligationenrechtliche Verwendungsretention im eigentlichen Sinne des Worts greift daher nur dann ein, wenn der Herausgabeanspruch durch einen, nicht aus demselben rechtlichen Verhältnis stammenden Verwendungsanspruch gehemmt wird. Demnach scheiden, als zum generellen Z.B.R. gehörig,

[1]) R.G.E. Bd. 22 Nr. 44 S. 218.

aus u. a. die Fälle der §§ 450 Abs. 1, 500, 538 Abs. 2, 547 Abs. 1, 670, 693. Wohl aber gehören hierher die Fälle der §§ 450, Abs. 2, 547 Abs. 2, 601 Abs. 2, 1216. An allen diesen Gesetzesstellen ist bezüglich des Verwendungsersatzes auf die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag verwiesen. Damit ist zum Ausdruck gebracht, dass aus dem Schuldverhältnisse, unter dessen Rechtssätzen die betreffende Gesetzesstelle sich befindet, eine Ersatzpflicht an sich nicht entspringt, der Verwendungsanspruch vielmehr auf den rechtlichen Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag, also auf ein besonderes Schuldverhältnis gestützt werden muss. Wollte man hiegegen einwenden, diese Ersatzansprüche wegen Verwendungen entspringen der bona fides des betreffenden Schuldverhältnisses, und die zur Ergänzung herangezogenen Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag seien in diesen speziellen Fällen als Bestimmungen des zu ergänzenden Schuldverhältnisses zu betrachten, so würde man den Wortlaut des Gesetzes gegen sich haben; wenn sonst das Gesetz eine solche Ergänzung der Bestimmungen eines Schuldverhältnisses durch Heranziehung der Rechtssätze anderer Schuldverhältnisse bezweckt, so wird die stereotype Wendung gebraucht: „Die Vorschriften über . . . finden entsprechende Anwendung“ (vgl. 634 Abs. 4, 636 Abs. 1, 639, 651, 675, 681, 704 u, a.); an den oben angeführten Stellen aber vermeidet das Gesetz diese Formel und bedient sich der Ausdrucksweise: „Die Verpflichtung . . . . zum Ersatz sonstiger Verwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.“

Da das Herausgabeobjekt im Gesetz mit „Gegenstand“ bezeichnet ist, so kann es eine Sache oder ein Recht sein. Eine Verwendung auf ein Recht liegt z. B. dann vor, wann ein Gläubiger, dem ein Forderungsrecht verpfändet ist, Urkunden über das Recht behufs Erleichterung des Beweises hat aufnehmen lassen, wofür er nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz zu verlangen berechtigt

ist. Analoge Fälle sind denkbar bei Erbbau-Niessbrauchsrechten, Grunddienstbarkeiten.

Wann und inwieweit ein Anspruch wegen Verwendungen rechtlich anerkannt wird, hängt von den verschiedensten Momenten ab: von der Art und Beschaffenheit der Verwendungen (notwendige, bloss werterhöhende), von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse (Geschäftsführung ohne Auftrag, Erbschaftsbesitz § 2022 f.), von dem guten oder bösen Glauben des Verwenders (§ 2024), von dem Zeitpunkt der Verwendung (vor oder nach Gefahrübergang bezw. Rechtshängigkeit). Ein Eingehen auf diese Frage liegt jedoch ausser dem Bereich dieser Darstellung.

II. Das Z.B.R. wegen Schadenszufügung.

Wie die Verwendungsretention, so war auch die Retention wegen eines durch das herauszugebende Objekt zugefügten Schadens von der Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller als zu Recht bestehend anerkannt; war sie doch durch mehrere Quellenstellen klar bezeugt (u. a. durch l. 7 § 2 D. de damno inf. 39,2: si dominus aedium, quae ruerunt, vellet tollere, non aliter permittendum quam ut omnia, id est et quae inutilia essent, aufferret, nec solum de futuro, sed et de praeterito damno cavere eum debere). Hat der herauszugebende Gegenstand dem Beklagten Schaden zugefügt, so besteht ein noch dringenderes Bedürfnis, den obligatorischen Anspruch des Beklagten zu verstärken, als im Fall der Verwendungen, da der Kläger zur Zahlung weit weniger geneigt sein wird, wenn er für seine Auslagen im Objekt selbst keinen Ersatz findet.

Das B.G.B. gewährt ein Z.B.R., wenn dem zur Herausgabe eines Gegenstands Verpflichteten ein fälliger Anspruch wegen eines ihm durch den Gegenstand verursachten Schadens zusteht.

Auch dieser Anwendungsfall des Z.B.R. setzt voraus,

dass Herausgabe und Schadensersatzanspruch nicht aus demselben rechtlichen Verhältnis stammen. Der Fall des § 694 gehört also nicht hieher.[1]) Zu verweisen ist vielmehr auf Thatbestände, wie die in den §§ 833 f. (Haftung des Tierhalters), 835 (Haftung des Jagdberechtigten für Wildschaden), 836 ff. (Haftung des Besitzers bezw. Unterhaltspflichtigen für den durch Einsturz eines Gebäudes verursachten Schaden) enthaltenen.

Nur ein Anspruch wegen eines bereits verursachten, nicht wegen eines erst drohenden Schadens[2]) berechtigt zur Zurückbehaltung. Kann der verursachte Schaden zur Zeit noch nicht ermittelt werden, so wird der Zurückbehaltungsgegner sein Interesse am besten wahren, wenn er sich zur Sicherheitsleistung in Höhe des vermutlichen Schadens erbietet. Andernfalls wird der Zurückhaltungsberechtigte von seiner Befugnis Gebrauch machen, die Ausfolge so lange zu verweigern, bis der Schaden ermittelt und ersetzt ist. Die Kosten der Ermittlung fallen dem Ersatzpflichtigen zur Last, da sie als Teil des durch den Gegenstand verursachten Schadens zu betrachten sind.

§ 8.

3. Ausnahmsweise Unzulässigkeit des Z.B.R.

Mögen auch die allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Z.B.R. gegeben sein, so ist doch unter gewissen Umständen geboten, die Zulässigkeit des Z.B.R. auszuschliessen.

Kraft spezieller Gesetzesvorschrift ist dem Bevollmächtigten untersagt, die Vollmachtsurkunde nach Erlöschen der Vollmacht zurückzubehalten (§ 175); es soll hiedurch der Gefahr missbräuchlicher Benützung der Urkunde vorgebeugt

[1]) Unrichtig Fischer-Henle zu § 273 Note 7.
[2]) Vgl. § 908.

werden. Ebenso wird in den §§ 556 Abs. 2, 580, 581 Abs. 2 dem Mieter bzw. Pächter eines Grundstücks, Wohn- oder anderen Raums nach Beendigung des Vertragsverhältnisses das Recht abgesprochen, die genannten Miet- oder Pachtsachen wegen seiner Ansprüche gegen den Mitkontrahenten zurückzubehalten; der Grund dieser Bestimmung ist darin zu suchen, dass in der Regel der dem Vermieter durch die Zurückbehaltung verursachte Schaden gegenüber dem für den Mieter in Frage stehenden Nachteil unverhältnismässig gross ist und eine Verzögerung der Räumung dritte unbeteiligte Personen, die neuen Mieter, sehr empfindlich in Mitleidenschaft zieht. Das Z.B.R. an anderen Leistungen als den erwähnten, z. B. an Schadensersatzverpflichtungen, Mietzins, eingenommenen Geldern ist dem Mieter (Pächter) und Bevollmächtigten nicht benommen.[1])

Weiterhin hat das B.G.B. in allgemeiner Weise die Ausübung des Z.B.R. für unzulässig erklärt, u. zwar

1. die des generellen Z.B.R., sofern aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergiebt;

2. die des Z.B.R. wegen Verwendungen nnd Schadenszufügung, wenn der Herausgabepflichtige den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

Diese Bestimmungen bedürfen der Erläuterung.

Die starre Durchführung der Regel, dass der Schuldner bei Konnexität des Hauptanspruchs mit seinem Gegenanspruch zur Zurückbehaltung berechtigt sei, hätte in einer Reihe von Fällen zu unbilligen, ja widersinnigen Resultaten geführt. Dem wurde vorgebeugt durch Einfügung der Schutzbestimmung: „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein Anderes ergiebt."

Gemeint ist das Schuldverhältnis i. w. S. Nicht die Betrachtung des einen Anspruchs (wobei zweifelhaft wäre, welcher

[1]) Dernburg, die Schuldverhältnisse § 57 N. 14 erwähnt ferner Ges. vom 22. VI. 1889 § 108 Abs. 2 und 3, § 148, das die Zurückbehaltung der Quittungskarten der Alters- und Invaliditätsversicherung untersagt.

der beiden Ansprüche für den ausschlaggebenden zu halten ist) und der ihm zu Grunde liegenden Einzelbeziehung führen zu einem abschliessenden Urteil über Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des Z.B.R., sondern die genaue Prüfung beider Ansprüche und ihrer Stellung zu einander; diese Prüfung kann aber nicht vorgenommen werden, ohne dass man auf den Ursprung der Ansprüche, die zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Gesamtbeziehung, zurückgreift.

Die Schutzbestimmung trifft folgende Fälle:

1. Wenn die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts der vom Schuldner übernommenen Verpflichtung widerstreitet, in einer bestimmten Weise mit dem geschuldeten Gegenstande zu verfahren,[1]) namentlich, wenn der Ausschluss des Z B.R. ausdrücklich vereinbart wurde.[2])

2. Wenn die Vorleistungspflicht des Schuldners aus der Natur des Verhältnisses, in dem die wechselseitigen Leistungen zu einander stehen, hervorgeht. Ein Beauftragter kann die Erfüllung seiner Pflicht zur Rechenschaftsablegung (§ 666) nicht verweigern, bis ihm der Auftraggeber seine Auslagen (§ 670) erstattet hat, da sich letzterer erst auf Grund der gestellten Rechnung ein Urteil über die Berechtigung der Forderung des Beauftragten bilden kann.[3])

3. Wenn bei Obligationen auf non facere das einmalige facere oder bei Obligationen auf facere das einmalige non facere den Zweck der Leistung unbilligerweise vereiteln oder die Erfüllung überhaupt unmöglich machen würde.[4])

---

[1]) Eventuell beim Verwahrungsvertrag, bei dem das Z.B.R. nach gemeinem Recht gänzlich ausgeschlossen war (l. 11 C. dep. 4, 34), oder beim Leihvertrag.

[2]) Vgl. § 369 Abs. 3 H.G.B. in Vrbdg. mit R.G.E. Bd. 9 Nr. 81 S. 295.

[3]) Seuffert a. a. O., ferner Seuff. Arch. Bd. 47 Nr. 177 (Unzulässigkeit der Retentionseinrede gegenüber einer präparatorischen Klage).

[4]) Vgl. Petrazycki, Einkommen II S. 520 und das dort angeführte Beispiel: A hat von B ein Pferd zur Aufbewahrung und Pflege gegen monatliche Vergütung von 30 Mk. bekommen; nachdem A einen fälligen Anspruch auf 30 Mk. erlangt hat, verweigert er Fütterung und Pflege des Pferds sowie dessen Herausgabe.

4. Wenn es mit dem Wesen des Schuldverhältnisses gänzlich unvereinbar ist, die Erfüllung des eigenen Anspruchs durch Vorenthaltung des gegnerischen Anspruchs zu erzwingen. Aus diesem Grunde darf nach Dernburg[1]) der Dienstpflichtige seine Dienste nicht verweigern, obgleich der Dienstherr seine fälligen Verpflichtungen aus dem Dienstvertrage, insbesondere die schuldige Lohnzahlung, noch nicht erfüllt hat, und aus demselben Grunde ist das Z.B.R. zu Gunsten der Mehrzahl der Ansprüche aus familienrechtlichen Verhältnissen unanwendbar, mögen auch an und für sich der Übertragung allgemeiner obligationenrechtlicher Vorschriften auf solche Rechtsverhältnisse keine prinzipiellen Bedenken im Wege stehen.

Wer den herauszugebenden Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat, hat Billigkeitsrücksichten verwirkt. Ihm geschieht kein Unrecht, wenn er den Gegenstand ausantworten muss, trotzdem er Verwendungen auf ihn gemacht oder Schaden durch ihn erlitten hat.

Nicht jede unerlaubte Handlung schliesst das Z.B.R. aus, sondern nur die vorsätzlich begangene; vorsätzlich handelt, wer in Voraussicht des durch die Willensbethätigung bewirkten oder nicht gehinderten Erfolgs handelt.[2])

Der Herausgabepflichtige selbst muss derjenige sein, welcher sich die unerlaubte Handlung zu Schulden kommen liess.[2]) Auch hat sich die Handlung nicht bloss an sich, sondern gerade in Bezug auf die Erlangung des Gegenstands durch dieselbe als unerlaubt zu erweisen. Gleichgiltig ist es jedoch, ob sich die unerlaubte Handlung ursprünglich gegen den Herausgabeberechtigten selbst oder einen Dritten gerichtet hat.[3])

---

[1]) Schuldverhältnisse 2. Abt. S. 396.

[2]) Liszt, Lehrbuch des Strafrechts 8. Aufl. 1897 § 38, Windscheid-Kipp I S. 452.

[3]) Ebenso Schollmeyer zu § 273 2, b, β.

§ 9.

4. Die Einrede des nichterfüllten Vertrags und das Verhältnis des § 273 zu § 320.[1])

Die im § 320 geregelte Einrede des nicht erfüllten Vertrags giebt jedem Kontrahenten eines gegenseitigen Vertrags das Recht, die ihm gebührende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern. Sie ist ein Spezialfall des generellen Z.B.R.[2]) Auch sie setzt einen fälligen Anspruch und einen fälligen Gegenanspruch voraus, verlangt jedoch, dass die beiden Ansprüche aus demselben gegenseitigen Vertrage entsprungen sind und — das mag schon hier hervorgehoben werden — der eine Anspruch ein Äquivalent des andern bildet.

Wenn der Gesetzgeber das Z.B.R. bei gegenseitigen Verträgen einer speziellen Regelung unterzogen hat, so erklärt sich das aus der Eigenart dieser Schuldverhältnisse. Die wechselseitigen Ansprüche sind hier ganz besonders eng mit einander verkettet. Jeder der Kontrahenten verpflichtet sich zur Leistung nur deshalb, weil auch ihm der andere Teil zu leisten verspricht und dessen Leistung ein Entgelt für seine Leistung bildet. Im Gegensatz zum Z.B.R. des § 273 hat das Z.B.R. des § 320 nicht in Billigkeitserwägungen seine

---

[1]) Windscheid-Kipp II § 321 S. 299 ff.; Stammler §§ 29 und 30, Schollmeyer, Vorbemerkungen zum 2. Titel des 2. Buchs und Bemerkungen zu § 320, Planck zu § 320, Dernburg, Schuldverhältnisse § 93; Goldschmidt a. a. O. S. 965 N. 8; Vangerow, Pandekten III § 607; Heerwart im Arch. f. d. civ. Prx. Bd. 7 S. 341 f., 343; Bd. 14 S. 208 f.

[2]) Crome § 124 S. 547 Note 10 und 11 polemisiert gegen die Zusammenstellung der Rechte aus § 273 und § 320 mit dem Hinweis auf die Verschiedenheit ihrer Grundlagen. Ihre Zusammenfassung wird jedoch dadurch zur Genüge motiviert, dass die Wirkungen beider Rechte in der Hauptsache ganz dieselben sind. Hat man ja auch daran noch nie Anstoss genommen, dass der Begriff „Pfandrecht“ sowohl auf das durch Vertrag wie auf das durch Pfändung geschaffene Recht an einem Gegenstande angewandt wird, obwohl hier gleichfalls die Entstehungsgründe verschieden und nur die Wirkungen die gleichen sind.

einzige Stütze, sondern folgt schon mit Notwendigkeit aus der Struktur des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses. Das Wesen des gegenseitigen Vertrags hat auch Veranlassung zur Aufstellung mehrerer Sonderbestimmungen gegeben.

So ist vorgeschrieben, dass das Z.B.R. des § 320 durch Sicherheitsleistung nicht abgewendet werden kann. Keine Partei soll das Recht haben, den Gegner zur Leistung zu zwingen, sich selbst aber gegen Sicherheitsleistung der Pflicht zur Erfüllung zu entschlagen. Würde man Sicherheitsleistung zulassen, so wäre in Wirklichkeit der Zweck des gegenseitigen Vertrags, der darin gipfelt: „ich leiste, damit mir geleistet werde", vereitelt. Etwaige Härten, die aus der Versagung dieses Rechts hervorgehen könnten, werden durch die in Abs. 2 des § 320 enthaltene Bestimmung neutralisiert. Danach kann, wenn von der einen Seite teilweise geleistet worden ist, die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen gegen Treu und Glauben verstossen würde.

Wenn mehrere eine teilbare Leistung schulden bezw. zu fordern haben, ist nach § 420 im Zweifel, jeder zu einem gleichen Anteil verpflichtet bezw. berechtigt. Steht nun auf der einen Kontrahentenseite eine einzelne Person, auf der andern eine, nicht solidarisch haftende Personenmehrheit, und handelt es sich beiderseits um teilbare Leistungen, so liegt die Annahme nahe, dass der um Erfüllung angegangene alleinstehende Kontrahent das Z.B.R. dem einzelnen Gegner gegenüber nur bis zur Bewirkung der entsprechenden Teilleistung ausüben könne. Um ihm aber das volle Äquivalent für seine Leistung auch mehreren Kontrahenten gegenüber zu sichern, ist ihm die Befugnis verliehen, jedem einzelnen der Mitkontrahenten bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung mit der Einrede des nichterfüllten Vertrags zu begegnen.

Offenbar ist dem Streben, dem nahen Zusammenhang der Ansprüche aus dem gegenseitigen Vertrag gerecht zu werden, auch die Einführung der in § 274 nicht enthaltenen Vorschrift zuzuschreiben, dass der Vorleistungspflichtige bei An-

nahmeverzug des andern Teils befugt sei, auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung zu klagen.[1]) An sich hat die Nichtannahme der andern Partei nur die gewöhnlichen Wirkungen des Verzugs (§§ 293—304) zur Folge; an der Thatsache, dass der Gegner nur gegen vorangegangene Leistung oder Vornahme einer gleichwertigen Rechtshandlung zu erfüllen braucht, ändert sich nichts. Der Vorleistungspflichtige müsste daher zuerst hinterlegen (vgl. § 372) undkönnte dann erst Klage erheben. Diese Weiterung ist ihm durch § 322 Abs. 2 erspart.

Es fragt sich, ob die Bestimmung des § 322 Abs. 2 auf den Fall des gegenseitigen Vertrags zu beschränken ist, oder ob sie auch auf andere zweiseitige Verträge bezw. auf Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen, die nicht Äquivalente sind, analoge Anwendung gestattet. Dies wird zu verneinen sein, da es nicht angängig ist, eine Bestimmung, die für ein spezielles Rechtsverhältnis getroffen ist und ihre Erklärung in dessen Eigenart findet, generell auf andere Rechtsverhältnisse auszudehnen.[2])

Zu betonen ist, dass die Einrede des nichterfüllten Vertrags nicht immer geltend gemacht werden kann, so oft sich Anspruch und Gegenanspruch auf einen und denselben gegenseitigen Vertrag zurückführen lassen, sondern nur dann, wenn der eine Anspruch das Äquivalent des andern bildet. Nur im letzteren Fall besteht zwischen den Ansprüchen das eigenartige Verhältnis, das eine besondere Behandlung verlangt und rechtfertigt. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so greift die allgemeine Regel des § 273 Abs. 1 ein. Der Anspruch des Rechtsanwalts auf seine Gebühren, der Anspruch der Partei auf Aus-

---

[1]) Die Vergünstigung, welche § 322 Abs. 3 für die Zwangsvollstreckung gewährt, ist gemäss der Stellung dieser Vorschrift im Rahmen des Paragraphen sowohl auf den Fall der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug als auch auf den der Verurteilung zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung zu beziehen. Aus den Motiven (S. 203) ist überdies ersichtlich, dass dies von vornherein bezweckt war. Ebenso Planck zu § 322 Nr. 3.

[2]) Anderer Meinung Planck zu § 274 N. 4.

händigung der Akten entspringen beide einem gegenseitigen Vertrage (Werkvertrag), stehen aber keineswegs in dem bezeichneten Verhältnisse; verweigert daher der Anwalt die Herausgabe der Akten, weil die Gebühren und Auslagen noch nicht entrichtet seien, so macht er nicht die Einrede des nichterfüllten Vertrags, sondern das generelle Z.B.R. geltend.[1])

Man sieht, dass der Wirkungskreis des § 320 ein eng, aber zugleich fest begrenzter ist; namentlich ist er von dem Anwendungsgebiet des § 273 Abs. 1 streng geschieden. Steht die Einrede des nichterfüllten Vertrags zur Verfügung, so kann das generelle Z.B.R. nicht in Frage kommen und umgekehrt. Petražycki irrt daher sehr, wenn er die Ansicht vertritt, es stehe in der Macht des Retentionsberechtigten, § 273 oder § 320 anzurufen, je nachdem die Bestimmungen des einen oder andern Paragraphen mehr Vorteil für ihn haben.[2])

Hat sich in einem Vertrag ein Kontrahent den Rücktritt vorbehalten, so entsteht mit Ausübung dieses Rechts zwischen den Parteien ein neues Schuldverhältnis[3]) des Inhalts, den status quo in jeder Beziehung wiederherzustellen. Bezüglich der aus diesem neuen Schuldverhältnis resultierenden Verpflichtungen der Parteien bestimmt § 348, dass dieselben nach Massgabe der Vorschriften der §§ 320, 322 Zug um Zug zu erfüllen sind. Die genannten Bestimmungen kommen also zur Anwendung ohne Rücksicht darauf, ob der ursprüngliche Vertrag ein gegenseitiger war und die beiderseitigen Leistungen zu einander im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen. Die Bestimmungen der §§ 346 ff sind auf die Fälle des gesetzlichen

[1]) Das in § 32 der Rechtsanwaltsordnung normierte Z.B.R. des Anwalts an den Handakten hat mit der Einführung des B.G.B. seine selbständige Bedeutung verloren; es ist ein reiner Anwendungsfall des § 273 Abs. 1. B.G.B. geworden. Vgl. über das Z.B.R. des § 32 R.A.O.: Seuff. Arch. Bd. 37 Nr. 245, wo die Ansicht vertreten ist, dass das Z.B.R. nicht soweit gehen darf, dass der zahlungsunfähigen Partei die weitere Rechtsverfolgung unmöglich gemacht wird. Dagegen Korn in Blätter für Rechtspflege 8. Jg. 1897 S. 77 ff.

[2]) Petrazycki a. a. O. S. 521.

[3]) Vgl. Dernburg, Schuldverhältnisse 1. Abt. S. 239 f.; Planck S. 127.

Rücktrittsrechts bei gegenseitigen Verträgen (§ 327) und auf gewisse verwandte Fälle, insbesondere auf das Recht der Wandelung beim Kaufe (§ 467) und beim Werkvertrag (§ 634 Abs. 4) ausgedehnt.[1])

Zweites Kapitel.

§ 10.

Das Zurückbehaltungsrecht des Sachenrechts.

I. Der Gegensatz zwischen dem dinglichen und obligatorischen Anspruch (vgl. oben § 8, I. S. 29) erfährt eine wesentliche Milderung, sobald der dingliche Anspruch dadurch einen bestimmten Gegner gewinnt, dass eine bestimmte Person mit dem dinglichen Rechte in Widerspruch tritt. Der dingliche Anspruch hört zwar damit keineswegs auf, ausser dieser bestimmten Person die unbestimmte Vielheit aller andern Personen zu ergreifen, immerhin ist es mit Rücksicht auf diese relative Beziehung keine logische Unmöglichkeit mehr, den individualisierten dinglichen Anspruch unter den Schuldverhältnisbegriff zu subsumieren und auf ihn die für Obligationen gegebenen Bestimmungen auszudehnen.[2])

Das B.G.B. hat diese Subsumtion nicht vorgenommen. Darauf deutet die Terminologie des Gesetzes hin. Das Recht, von einem andern ein Thun oder Unterlassen zu verlangen, wird vom Gesetz bei obligatorischen Rechtsverhältnissen mit dem Ausdruck „Forderung" bezeichnet, bei dinglichen ausschliesslich mit dem Ausdruck „Anspruch". Ferner werden die Begriffe „Gläubiger" und „Schuldner" für die aus dem dinglichen Rechtsverhältnis berechtigte, bzw. verpflichtete Person nie verwendet.

---

[1]) Vgl. ferner § 286 Abs. 2.

[2]) Windscheid I § 43, G. Rümelin im Arch. f. d. civil. Prax. Bd. 68 S. 192 ff., Planck Vorbemerkung zum Recht der Schuldverhältnisse.

Trotzdem lassen die Bestimmungen des Gesetzes erkennen, dass die für das Schuldverhältnis geltenden Sätze auch für das dingliche Rechtsverhältnis entsprechend anzuwenden sind. Denn wenn § 987 Abs. 2 von „Verschulden", § 990 Abs. 2 von „Verzug", § 993 von „Schadensersatz" spricht, so ist damit stillschweigend auf den allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse Bezug genommen, in dem alle die genannten Begriffe ihre notwendige Erläuterng und Ergänzung finden.

Demnach würde an sich nichts im Wege stehen, auch das Z.B.R. des § 273 auf dingliche Rechtsverhältnisse zu übertragen, sofern nicht im speziellen Fall die besondere Natur des dinglichen Anspruchs entgegenstünde. Das B.G.B. hat jedoch bezüglich des Z.B.R. gegenüber dinglichen Ansprüchen eine besondere Regelung getroffen und hiedurch eine dieser Regelung widersprechende Übertragung obligationenrechtlicher Rechtssätze ausgeschlossen.

Im § 1000 ist nämlich der seit Alters von Theorie und Praxis anerkannte Satz niedergelegt, dass der mit der rei vindicatio belangte Besitzer einer Sache wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen das Z.B.R. ausüben könne. Es ist also in einem Fall, in dem die Gesetzgeber der analogen Verwertung obligationenrechtlicher Bestimmungen sicher sein durften, die Zulässigkeit des Z.B.R. zu bestimmtem Ausdruck gebracht worden. Dies wäre unverständlich, hätte man nicht das oben § 3 S. 16 und 17 erwähnte, dem Entwurf zu Grunde gelegte und in den Kommissionsberatungen nicht geänderte Prinzip im Auge gehabt, dem Z.B.R. nur im Recht der Schuldverhältnisse eine allgemeine Regelung zu teil werden zu lassen, ausserhalb desselben aber für den einzelnen Bedürfnisfall spezielle Vorschriften zu erlassen. Freilich kann die Begründung, welche die Motive zu § 913 des Entwurfs (= § 1000 B.G.B.) geben, irre führen. Dort ist gesagt: „Die Voraussetzungen des Z.B.R. des Besitzers sind zwar bei Anwendung der allgemeinen Normen des Obligtionenrechts auf den ding-

lichen Anspruch und bei Einräumung eines vollgiltigen Anspruchs, nicht bloss einer Einrede, an den Besitzer an sich schon gegeben; doch erscheint die Beseitigung eines jeden möglichen Zweifels zweckmässig.“ Nicht um die Beseitigung eines jeden möglichen Zweifels an der Anwendbarkeit der allgemeinen Normen des Rechts der Schuldverhältnisse handelte es sich, sondern um Befolgung und Festlegung des genannten Grundsatzes. Jedenfalls ist jetzt, nachdem im § 1000 von den drei Kategorien des § 273 nur das Z.B.R. wegen Verwendungen ausdrückliche Erwähnung gefunden hat, die Schlussfolgerung nicht zu umgehen, dass das Z.B.R. wegen Schadenszufügung gegenüber dinglichen Ansprüchen a silentio für unzulässig und das Z.B.R. wegen Verwendungen allein für anwendbar erklärt ist. Eine analoge Verwertung des generellen Z.B.R. im Sachenrechte ist schon deshalb ausgeschlossen, weil ein dinglicher und ein obligatorischer Anspruch nie auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen können (vgl. oben § 5 II S. 21). Die ausgesprochene Regel führt aber nicht zu der Konsequenz, dass der Kläger dem Z.B.R. wegen Schadenszufügung, das dem Beklagten zusteht, durch Anstellung der dinglichen statt der obligatorischen Klage entgehen kann; denn § 986 giebt dem Beklagten die Möglichkeit, sein auf § 273 Abs. 2 gestütztes Recht zum Besitze auch der rei vindicatio gegenüber geltend zu machen.

II. § 1000 ist die einzige Gesetzesstelle. in der das Z.B.R. gegenüber dinglichen Ansprüchen geregelt ist. § 1000 handelt zwar nur vom Eigentumsanspruch (rei vindicatio), er findet aber kraft besonderer Verweisung auf eine Reihe anderer dinglicher Ansprüche, sowie auf den Anspruch aus früherem Besitz (§ 1007) und den Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft (hereditatis petitio) entsprechende Anwendung (vgl. §§ 2022, 2029). Da ferner die §§ 972 (Fund), 850 (unerlaubte Handlung), 2185 (Vermächtnisanspruch) ganz allgemein — in direkter oder indirekter Weise — auf § 1000 verweisen, so kommt § 1000 in den unter diese Paragraphen zu subsumierenden

Fällen zur Geltung, sowohl dann, wenn der Herausgabeanspruch dinglicher, als auch wenn er obligatorischer Natur ist. Liegen in diesen Fällen ausserdem die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des obligationenrechtlichen Z.B.R. vor, so steht das obligationenrechtliche Z.B.R. neben dem sachenrechtlichen zur Wahl. Dies wird in der Lehre vom Funde praktisch. Da der Fund nichts anderes ist als eine vom Gesetz speziell geregelte Geschäftsführung ohne Auftrag, so treten die Vorschriften über dieses Schuldverhältnis und damit auch die allgemeinen obligationenrechtlichen Bestimmungen ergänzend ein.[1])

§ 1000 lautet: „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. Das Z.B.R. steht ihm nicht zu, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat."

Es ist auffallend, dass eine solch umständliche Diktion gewählt wurde. Hätte man etwa folgendermassen formuliert: „Die Vorschriften des § 273 über das Z.B.R. wegen Verwendungen finden entsprechende Anwendung", so wären erhebliche Zweifel über Wesen und Bedeutung dieses sachenrechtlichen Verwendungs-Z.B.R. vermieden worden. Denn so scheint der Schluss unabweislich, dass das sachenrechtliche Z.B.R. in § 1000 eine erschöpfende Regelung erfahren habe und aus diesem Grunde eine analoge Übertragung des Abs. 3 des § 273, wonach das Z.B.R. durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann, unzulässig sei. Diese harte Folgerung geht jedoch zu weit. Das Z.B.R. des § 1000 vermag trotz seines anscheinend abgeschlossenen Inhalts nicht auf eigenen Füssen zu stehen; § 274 müsste unter allen Umständen zu analoger Verwertung beigezogen werden. Ist man darüber einig, so kann die Analogie auch auf § 273 Abs. 3 ausgedehnt werden. Überdies hat man in dem Gebrauch des Ausdrucks „Z.B.R." eine

[1]) Vgl. Dernburg, d. bürgerl. Recht, Sachenrecht S. 339.

Verweisung auf die entsprechenden Vorschriften des § 273 zu sehen.[1])

Im einzelnen ist auf das über das obligationenrechtliche Z.B.R. wegen Verwendungen Gesagte, namentlich auf § 7 S. 36 ff u. § 8 S. 44 zu verweisen.

III. Anwendungsfälle des § 1000.

1. Der Finder hat dieses Z.B.R. gegenüber dem Empfangsberechtigten (§ 972):

a) wegen seines Ersatzanspruchs für Aufwendungen, die er zum Zwecke der Verwahrung oder Erhaltung der Sache oder der Ermittlung eines Empfangsberechtigten machte und den Umständen nach für erforderlich halten durfte;

b) wegen seines Anspruchs auf Finderlohn — der einzige Fall, in dem das Recht des § 1000 auf einen andern als einen Verwendungsanspruch ausgedehnt worden ist.

2. Die Zurückbehaltungseinrede steht dem Erbbauberechtigten entgegen, welcher auf Grund seines Rechts von dem dritten Besitzer die Herausgabe der Sache verlangt (§ 1017 Abs. 2).

Dem Träger einer Grunddienstbarkeit gegenüber kann das Z.B.R. nicht in Frage kommen; bei Beeinträchtigung seines Rechts hat er die Klage des § 1004 (§ 1027), und gegen sie steht keine Zurückbehaltungseinrede zu

3. Wohl aber hat sie der dritte Besitzer gegen die Klage des Niessbrauchers einer Sache (§ 1065), gegen die Klage des Niessbrauchers eines Rechts dann, wenn die Ausübung des Rechts mit dem Besitz einer Sache verbunden ist (§ 1068 Abs. 2).

In dem Titel, der die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten regelt, ist keine die Zurückbehaltung rechtfertigende Verweisung enthalten. Es hängt dies damit zusammen, dass zum Schutze dieser Rechte nicht die vindikatorische Eigentumsklage, sondern nur solche Klagen vorgesehen sind, gegenüber denen ein Z.B.R. überhaupt nicht in Frage kommen kann,

---

[1]) Ebenso Simon a. a. O.

nämlich die Besitzschutzklagen (§ 1090 in Vrbdg. mit § 1029) und die negatorische Klage aus § 1004 (§ 1090 i. Vrbdg. mit § 1027). Die ersteren gestatten die Berufung auf ein Recht zum Besitz nur zur Begründung der Behauptung, dass die Entziehung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei (§ 863), und die letztere greift nur dann ein, wenn das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt wird. Der Mangel einer Verweisung auf die vindikatorische Eigentumsklage macht sich wesentlich fühlbar bei dem in § 1093 geregelten Wohnungsrecht. Dasselbe berechtigt wie der Niessbrauch zum unmittelbaren Besitz und erzeugt insofern das Bedürfnis einerseits nach einem petitorischen Schutzmittel des seines Besitzes verlustig gegangenen Berechtigten, andererseits nach einem Rechtsbehelfe des Besitzers, der zur Herausgabe verpflichet ist, aber Verwendungen auf die Sache gemacht hat. Man muss daher mit Kipp[1]) zu dem Schlusse gelangen, dass auf das Wohnungsrecht in Anlehnung an die Bestimmungen des nahe verwandten Niessbrauchs die Rechtssätze über die vindikatorische Eigentumsklage (§§ 985—1003) analog zur Anwendung zu bringen sind.

Im Fall des dinglichen Vorkaufsrechts bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten nach den Vorschriften der §§ 504—514 (obligatorisches Vorkaufsrecht); demgemäss greifen hier ohne weiteres unter den gesetzlichen Voraussetzungen die §§ 320, bzw. 273 ein (§ 1098 Abs. 1).

Gegenüber der actio hypothecaria des Hypothekengläubigers, Reallast-Grundschuld-Rentenschuldberechtigten ist die Zurückbehaltungseinrede des Eigentümers wegen Verwendungen von vornherein ausgeschlossen; hat er Aufwendungen auf seine eigene Sache gemacht, so kann er hiefür nach der Natur der Sache Ersatz nicht verlangen. Aber auch zu Gunsten des dritten Besitzers kann die Zurückbehaltungseinrede nicht in Frage kommen, da die actio hypothecaria des B.G.B.

---

[2]) Windscheid-Kipp I nach § 217 S. 986.

nicht mehr, wie im gemeinen Recht, auf Herausgabe des Besitzes an den Berechtigten, sondern nur auf Zahlung aus dem Grundstück im Weg der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung gerichtet ist. Das Versteigerungs- und Verwaltungsverfahren aber wird durch das Vorhandensein von Verwendungsansprüchen nicht aufgehalten. Der Besitzer hat jedoch Gelegenheit als Gläubiger der 5. Klasse seinen Verwendungsanspruch geltend zu machen (§ 10 Z. 5 des Ges. über die Zwangsversteig. und die Zwangsverw. vom 24. März 1897). Von dem durch Zuschlag zum Eigentümer gemachten Erwerber kann für solche Verwendungen, welche vor dem Zuschlag gemacht worden sind, Ersatz überhaupt nicht verlangt, geschweige denn durch Zurückbehaltung erzwungen werden (a. a. O. § 93 Abs. 2), eine Ausnahme von dem in § 999 Abs. 2 ausgesprochenen Prinzip.

4. Sind auf eine verpfändete bewegliche Sache seitens eines dritten Besitzers Verwendungen gemacht worden, so ist derselbe berechtigt, gegenüber der Klage des Pfandgläubigers das Z.B.R. auszuüben (§ 1227 in Verbindung mit §§ 985—1007). Ist ein Recht verpfändet, so ist § 1000 heranzuziehen, wenn mit der Bestellung des Pfandrechts Übergabe einer Sache verbunden war (arg. § 1273 Abs. 2).

IV. Angesichts der Thatsache, dass das Z.B.R. des Sachenrechts dinglichen Rechten mit Erfolg gegenübertritt, ist die Untersuchung gerechtfertigt, ob in diesen Fällen das Z.B.R. selbst die Eigenschaft eines dinglichen Rechts besitzt. Sagt doch Becker[1]): „Retentionsrechte, die dinglichen Rechten hemmend begegnen, sind selber dingliche Rechte.“ In der That ist die Verwendungseinrede des § 1000 gegen jeden Eigentümer statthaft, welcher die Herausgabe der Sache verlangt, ohne Unterschied, ob die Verwendung nach Erlangung des Eigentums durch ihn oder schon vor diesem Zeitpunkt gemacht worden war (§ 999 Abs. 2). Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Konkursordnung in § 49 Abs. 3 gerade diese Art von Z.B.R.

---

[1]) In Jherings Jahrbüchern Bd. 30 S. 267—271.

in der Wirkung gegenüber den Konkursgläubigern dem Pfandrecht gleichstellt. Trotzdem ist es abwegig, wenn man das Z.B.R. wegen Verwendungen ein dingliches Recht nennt. Dass es der dinglichen Klage mit Erfolg die Spitze bietet, beweist lediglich nichts für seinen dinglichen Charakter; jedes obligatorische Recht, das einen Dritten dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt, schlägt die rei vindicatio aus dem Feld. Auch die Thatsache, dass die Einrede gegen jeden Eigentümer angewandt werden kann, ist nur ein Beleg dafür, dass das Z.B.R. in diesem Fall das Accessorium eines in rem skribierten Anspruchs ist, eines Anspruchs, der gegen jeden durchgreift, welcher die den Gegenstand der Verwendung bildende Sache für sich begehrt.

Wenn endlich im Konkurse das Z.B.R. des Besitzers an der dem Gemeinschuldner gehörenden Sache wegen Verwendungen auf dieselbe dem Pfandrechte gleichgestellt wird (§ 49 Ziff. 3 Konkursverordnung), so ist dies nicht eine Forderung aus der rechtlichen Natur des Z.B.R., sondern eine aus Gründen materieller Gerechtigkeit statuierte Ausnahme von der allgemeinen Regel, dass das Z.B.R. im Konkurs zu wirken aufhört. Ohne diese Ausnahmebestimmung wäre der Verwender genötigt, die Sache an die Konkursmasse auszuliefern und seine Ersatzforderung als unprivilegierter Konkursgläubiger geltend zu machen.

Hieraus ergiebt sich, dass dem Z.B.R. in seinen sämtlichen Anwendungsfällen der Charakter eines persönlichen Rechts eigen ist.

Drittes Kapitel.

Die dem Z.B.R. des Rechts der Schuldverhältnisse und dem Z.B.R. des Sachenrechts gemeinsamen Lehren.

§ 11.

1. Wirkungen und Art der Geltendmachung des Z.B.R.

I. Wirkungen.

Im Gegensatz zur Aufrechnung, die den Untergang der wechselseitigen Forderungen zur Folge hat, lässt das Z.B.R. die Existenz der gegenüberstehenden Ansprüche unberührt und bewirkt lediglich einen Aufschub in der Leistungspflicht des Schuldners. Erfüllt der Schuldner unter Ausserachtlassung seines Rechts zur Zurückbehaltung, so steht ihm ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht zu Gebot (arg. § 813).[1]) Der Zutand der Hemmung dauert, vorausgesetzt, dass der Zurückbehaltende von sich aus zur Realisierung seines Anspruchs keine Schritte unternimmt, solange, bis der Gläubiger leistet oder sich wenigstens zur Leistung gegen Empfang der Gegenleistung bereit zeigt.

Die Verjährung des Anspruchs des Gläubigers wird durch die Zurückbehaltungseinrede nicht gehemmt (§ 202, Abs. 2), da es in der Macht des Gläubigers steht, die Einrede zu beseitigen, und es von ihm verlangt werden kann, dass er sie beseitige.[2])

Eine Forderung, der die Zurückbehaltungseinrede entgegensteht, ist zur Aufrechnung ungeeignet (arg. § 390).

Der Schuldner, der kraft seines Z.B.R die Leistung verweigert, ist niemals im Verzug. Die Forderung des Gläubigers ist zwar fällig. Auch am Vorliegen korrekter Mah-

---

[1]) Anders im Fall der Aufrechnung. S. unten § 16.

[2]) Windscheid I § 109.

nung ist nicht zu zweifeln, wenn der Gläubiger ohne Angebot eigener Leistung den Schuldner zur Zahlung auffordert[1]): es wäre verfehlt, vom Gläubiger eine Mahnung mit gleichzeitigem Angebot seiner Leistung zu verlangen, ehe feststeht, ob der Schuldner von seiner Einrede Gebrauch machen will. Der Verzug ist aber deshalb ausgeschlossen, weil der Schuldner die Leistung infolge eines Umstandes unterlässt, den nicht er, sondern der Zurückbehaltungsgegner zu vertreten hat (§ 285). Zu beachten ist, dass der Schuldner nicht nur selbst von Verantwortung frei bleibt, sondern sogar den Gegner in Verzug setzt, wenn er dem Gläubiger die Leistung gegen Gegenleistung anbietet, und dieser zwar anzunehmen bereit ist, seinerseits aber nicht anbietet (§ 298).

Der Zurückhaltende steht als solcher nicht etwa wie ein Pfandgläubiger für ein gewisses Mass von Sorgfalt ein, vielmehr ist für seine Haftung nach wie vor das Rechtsverhältnis massgebend, auf Grund dessen der Gegner seinen Anspruch gegen ihn erhebt; durch die Ausübung des Z.B.R. wird die alte Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner nicht abgebrochen, sondern fortgeführt.[2]) So richtet sich auch bei dem Z.B.R. des Sachenrechts die Stellung zwischen Zurückbehaltungsgegner und Besitzer nach den allgemeinen Vorschriften, insbesondere den Haftungsgrundsätzen, die für den gutgläubigen und bösgläubigen Besitzer, für die Zeit vor und nach Erhebung der Klage u. s. w. aufgestellt sind. Wurde das Z.B.R. auf Grund besonderer Beredung eingeräumt und liess zu diesem Behuf der Zurückbehaltungsgegner dem Berechtigten geeignete Objekte zukommen, so hat der Zurückbehaltende nach den allgemeinen Vertragsgrundsätzen (§ 276) Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.

---

[1]) Planck zu § 284, 4 d.

[2]) Auch die Zinsen sind vom Zurückbehaltenden weiter zu entrichten. Er kann aber dieser Pflicht dadurch entgehen, dass er den Gläubiger nach § 298 in Annahmeverzug versetzt.

Ob der Zurückbehaltende Besitzer der res retenta ist, ist nach den Umständen des konkreten Falls zu entscheiden. Das sachenrechtliche Z.B.R. setzt den Besitz des Zurückhaltenden unbedingt voraus. Für das obligationenrechtliche Z.B.R. ist es aber ohne Belang, ob der Zurückhaltende in einem Besitzverhältnis zu der res retenta steht oder nicht; er kann ja die Leistung verweigern, auch wenn er die unmittelbare thatsächliche Verfügungsgewalt über die geschuldete Sache nicht inne hat (vgl. S. 20). Nur die Einschränkung ist zu machen, dass der, welcher die herauszugebende Sache als Besitzdiener in Händen hat, dieselbe nicht zum Nachteil des Besitzers zurückbehalten kann; würde er dies thun, so würde er sich verbotener Eigenmacht (§ 858) schuldig machen.[1]) Überlässt ein Schuldner seinem Gläubiger auf Grund besonderer Vereinbarung eine Sache als Zurückbehaltungsobjekt, so wird der Gläubiger, da er kraft Vertrags dem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt ist, Besitzmittler (§ 868).

Die Befugnis, sich aus dem Zurückbehaltungsobjekt unmittelbar zu befriedigen, giebt das Z.B.R. nicht, wohl aber die Möglichkeit, die, eventuell im Wege des Arrests zu vollziehende Pfändung und demnächstige Versteigerung, bezw. Überweisung des zurückbehaltenen Gegenstands herbeizuführen. Diese Möglichkeit scheint der Gesetzgeber im Auge gehabt zu haben, als er in § 772 Abs. 2 dem Gläubiger die Pflicht auferlegte, vor Inanspruchnahme des Bürgen aus den beweglichen Sachen des Hauptschuldners, an denen ihm ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, Befriedigung zu suchen. Der Gläubiger soll eben auch aus solchen Mobilien des Hauptschuldners, welche sich nicht an dessen Wohnsitz und gewerblicher Niederlassung, bzw. Aufenthaltsorte, befinden (vgl. § 772 Abs. 1), ihm aber vermöge seines Pfand- oder Z.B.-Rechts nahe gerückt sind, Befriedigung zu erlangen versuchen, ehe er dazu

---

[1]) Der Dienstbote hat also kein Z.B.R. an den Haushaltungsgegenständen der Herrschaft wegen Lohnrückstands.

schreitet, einem andern als dem eigentlichen Schuldner die Erfüllung aufzubürden. Für die Anschauung, dass unter dem in § 772 Abs. 2 erwähnten Z.B.R. nur das kaufmännische, nicht auch das bürgerliche Z.B.R. zu verstehen sei, lassen sich durchschlagende Gründe nicht anführen, wenn auch zugegeben werden mag, dass der Inhalt des 2. Satzes von § 772 Abs. 2 mehr mit dem Wesen des kaufmännischen als dem des bürgerlichen Z.B.R. in Einklang steht. Zu betonen ist an dieser Stelle, dass das dem Besitzer in § 1003 garantierte Recht, sich wegen seiner Verwendungen aus der Sache zu befriedigen, kein Ausfluss des Z.B.R., sondern eine Bestimmung selbständiger und singulärer Natur ist, welche Schutz des Besitzers dagegen bezweckt, dass der Eigentümer weder Klage erhebt, noch seine Genehmigung erteilt.

Schon oben (§ 5a E. S. 26) wurde ausgeführt, dass der ganze Anspruch des Zurückbehaltungsgegners der Zurückbehaltung unterliegt. Es ist insofern eine Ähnlichkeit zwischen Zurückbehaltungsrecht und Pfandrecht zu verzeichnen, als auch die Pfandhaftung ungeteilt für den kleinsten Forderungsbetrag fortbesteht.

II. Art der Geltendmachung.

Das Z.B.R. wird zum Zweck der Verteidigung gegen einen erhobenen Anspruch in der Form der Einrede geltend gemacht. Da der Zurückhaltungsberechtigte mit dieser Einrede dem Anspruch ein denselben vorübergehend paralysierendes Gegenrecht entgegensetzt, den Anspruch selbst aber nicht negiert, so handelt es sich um eine sog. Einrede im materiellen Sinn oder eine Exzeption (vgl. Windscheid I § 47), und zwar um eine solche dilatorischer Natur. Aus dem Exzeptionscharakter der Zurückbehaltungseinrede folgt, dass der Richter den Kläger nicht schon dann abweisen darf, wenn er durch den Kläger von der Existenz des Gegenrechts Kunde erhält, vielmehr erst dann, wenn der Beklagte seinem Willen, von dem Gegenrecht Gebrauch zu machen, Ausdruck verliehen hat.

Die Zurückbehaltungseinrede steht nur gegen die Leistungsklage, nicht gegen die Feststellungsklage zu; die Existenz des gegnerischen Anspruchs will ja vom Zurückbehaltenden gerade nicht bestritten werden. Auch wird die Befugnis des Beklagten, gegen die künftige Leistungsklage die Zurückbehaltungseinrede zu erheben, durch das Feststellungsurteil in keiner Weise berührt.[1]) Unbenommen bleibt es dem Zurückhaltungsberechtigten, gegenüber der Feststellungsklage sein Recht durch Feststellungswiderklage zur Geltung zu bringen.

Bringt der Beklagte die Zurückbehaltungseinrede im Prozesse vor, so ist der Erfolg lediglich der, dass der Beklagte zur Leistung Zug um Zug verurteilt wird. Die Zurückbehaltungseinrede unterscheidet sich hierin von den sonstigen verzögerlichen Einreden, die für die Regel die Abweisung der Klage herbeiführen.[2]) Um so grössere Bedeutung hat die aufschiebende Wirkung der Zurückbehaltungseinrede in der Vollstreckungsinstanz.

Nach den allgemeinen Grundsätzen trifft den Beklagten bezüglich aller die Zurückbehaltungseinrede begründenden Momente die Beweislast[3]); er hat in Sonderheit die Existenz des Gegenanspruchs und die Konnexität desselben mit dem Hauptanspruch darzuthun, ferner auch bezüglich der Höhe der Gegenforderung Beweis zu erbringen, da der Kläger darüber informiert sein muss, welchen Betrag er anzubieten hat, um die Erfüllung seines Anspruchs erwirken zu können. Hinwiederum ist es Sache des Klägers, solche Umstände darzu-

---

[1]) Seuff. Arch. Bd. 39 Nr. 182 (Entsch. des Reichsgerichts). A. M. Wach, Feststellungsanspruch, nach seiner ganzen Auffassung des Feststellungsurteils

[2]) Vgl. Zaun im Arch. f. Rechtswiss. Bd. 4 (1857) S. 429: „... Die Bezeichnung der (Retentions-)Einrede als einer dilatorischen nur alsdann richtig, wenn man die aufschiebende Wirkung derselben nicht auf die Klage, sondern auf die Exekution bezieht."

[3]) Hierin unterscheidet sich die Z.B.Einrede von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags; schützt der Beklagte die letztere vor, so hat der Kläger den Beweis zu führen. Vgl. Windscheid-Kipp II § 321 Note 3 und S. 301.

thun, welche das Z.B.R. ausnahmsweise als unzulässig erscheinen lassen (vgl. oben § 8).

Die Leistung Zug um Zug erfordert streng genommen völlige Gleichzeitigkeit der beiderseitigen Handlungen. Ist dies praktisch undurchführbar, so muss es nach Planck genügen, „wenn die Leistung in solcher Art erfolgt, dass der Leistende die volle Sicherheit hat, unmittelbar darauf die ihm gebührende Leistung zu erhalten.“ Es ist unter Umständen ratsam, eine dritte Person, die das Vertrauen beider Parteien geniesst, zur Vermittlung des Austauschs der Leistungen beizuziehen.

Kommt es zur Zwangsvollstreckung[1]), so sind die Bestimmungen der Civilprozessordnung (in der Fassung vom 17. Mai 1898) §§ 726[2], 756, 765 zu beachten. Der Besprechung dieser Paragraphen ist vorauszuschicken, dass der Gläubiger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Weg der Zwangsvollstreckung verfolgen kann, wenn der Schuldner im Verzug der Annahme ist (§ 274 Abs. 2).

Die C.P.O. führt den Grundsatz durch, dass die aufschiebende Wirkung des Z. B. R. sich erst im Vollstreckungsverfahren zeigt. Es wird daher dem Gläubiger die vollstreckbare Ausfertigung erteilt, ohne den Nachweis, dass der Schuldner befriedigt oder im Verzug der Annahme ist (§ 726 Abs. 2 C.P.O.). Für das Vollstreckungsverfahren selbst trifft das Gesetz die Unterscheidung, ob die Vollstreckungshandlung durch den Gerichtsvollzieher (vgl. §§ 808, 883 C.P.O.) oder durch das Gericht (vgl. § 828 C.P.O.) erfolgt. Im ersteren Fall ist nach § 756 C.P.O. der Beginn der Zwangsvollstreckung davon abhängig gemacht, dass der Gerichtsvollzieher dem Schuldner die diesem gebührende Leistung in einer den Verzug begründenden Weise angeboten hat oder dass der Beweis für die Befriedigung oder den Annahmeverzug des Schuldners durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt

[1]) Vgl. Schmidt, Rich., die Änderungen des C.P.Rechts u. s. w.

wird uud eine Abschrift dieser Urkunden bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Wenn jedoch das Gericht die Vollstreckungshandlung vorzunehmen hat, so erfolgt die Anordnung der Vollstreckungsmassregel nur dann, wenn der Beweis der Befriedigung oder des Annahmeverzugs des Schuldners durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird und eine Abschrift dieser Urkunden bereits zugestellt ist (§ 765 Satz 1 C.P.O.); mit dem Angebot der Leistung kann sich das Gericht selbstverständlich nicht befassen. Liegt der Fall jedoch so, dass die Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners teils vom Gericht, teils vom Gerichtsvollzieher durchgeführt wird, — z. B. wenn sowohl Sachen als Forderungen zu pfänden sind — so kann das Gericht auch ohne erfolgte Zustellung genannter Abschriften die Vollstreckung einleiten, wenn der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung nach § 756 C.P.O. bereits begonnen hatte. und der Beweis der Befriedigung oder des Verzugs des Schuldners durch das Protokoll des Gerichtsvollziehers, also eine öffentliche Urkunde, geführt wird (§ 765 S. 2 C.P.O.).

Eine Ausnahme von der Regel, dass die vollstreckbare Ausfertigung ohne weiteres erteilt wird, ist dann erforderlich, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht; gemäss § 894 C.P.O. müsste ja die Erklärung als abgegeben gelten, sobald eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist. Es wird daher die Ausfertigung in diesem Fall nicht ohne den durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu führenden Nachweis der Befriedigung oder des Annahmeverzugs erteilt (§ 726 Abs. 2 C.P.O).

Die Zurückbehaltungseinrede, welche in erster Instanz nicht geltend gemacht worden ist, kann noch in der Berufungsinstanz vorgebracht werden. Wenn in § 529 C.P.O. das Vorbringen neuer Ansprüche in der Berufungsinstanz ohne Einwilligung des Gegners verboten wird, so sind damit nur solche Ansprüche gemeint, durch welche eine der Rechtskraft fähige

Zuerkennung begehrt wird. Die Zurückbehaltungseinrede vermag aber eine rechtskräftige Entscheidung des Gegenanspruchs, dessen Erfüllung sie vom Gegner erzwingen will, niemals herbeizuführen (arg. § 322 C.P.O.).[1])

§ 12.

2. Das Z.B.R. im Konkurse.[2])

Vorzugs- und Sicherungsrechte, welche einzelnen Gläubigern an Vermögensobjekten des Gemeinschuldners zustehen, verlieren mit der Konkurs-Eröffnung ihre Bedeutung, sofern nicht ihre fortdauernde Wirksamkeit in der Konkursordnung selbst oder in dem Einführungsgesetz dazu ausdrücklich anerkannt ist. Dem Z.B.R. ist eine solche Anerkennung versagt geblieben. Der Zurückbehaltungsberechtigte hat daher den Gegenstand der Zurückbehaltung an die Konkursmasse auszufolgen und seinen Anspruch, wie andere persönliche Gläubiger, als Konkursforderung geltend zu machen. Dieses Prinzip wird durch die §§ 17 und 49 Z. 3 Konkursordnung durchbrochen.

In § 17 ist dem nahen Zusammenhang der Ansprüche aus dem — vollkommen — zweiseitigen (gegenseitigen) Vertrage Rechnung getragen und ausgesprochen, dass, wenn ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner und von dem andern Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem andern Teil verlangen kann. Erst wenn der Konkursverwalter sich zur Leistung ausdrücklich oder stillschweigend bereit erklärt hat, ist der Kontrahent der Konkursmasse gegenüber verpflichtet

[1]) R.G.E. Bd. 8 Nr. 105 S. 364 und Seuff. Arch. Bd. 45 Nr. 72; R.G.E. Bd. 15 Nr. 118 S. 421. Wach, Vorträge S. 140 f., 263.

[2]) Sarwey-Bossert, K. O., Bemerkungen zu § 49, Kohler, Konkursrecht, § 33 S. 163 ff., § 30. R.G.E. Bd. 20 Nr. 31 S. 133 ff. (= Seuff. Arch. Bd. 44 Nr. 156).

und berechtigt, insbesondere befugt, sich auf sein aus § 320 B.G.B. hervorgehendes Recht zu berufen, die geschuldete Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern. Hiebei ist von Belang, dass die Forderung des Mitkontrahenten gegen den Gemeinschuldner, mag sie auch auf Grund des Vertrags noch nicht fällig sein, mit der Konkurs-Eröffnung trotzdem als fällig gilt (§ 65 Abs. 1 K.O.); an der Erfüllungszeit der Forderung des Gemeinschuldners ändert sich nichts.

Die weitere in § 49 Z. 3 K.O. enthaltene Ausnahme ist zu Gunsten des Besitzers statuiert, der auf eine zur Konkursmasse gehörige Sache Verwendungen gemacht hat. Vorausgesetzt ist, dass ein Vorteil aus der Aufwendung vorhanden ist, und der Besitzer die Sache noch zurückbehält; auch kann nur für den Betrag, der dem vorhandenen Vorteil entspricht, das Z.B.R. ausgeübt werden. Was die Wirkungen dieses Z.B.R. anbelangt, so sind sie wesentlich andere als ausserhalb des Konkurses. Der Berechtigte ist nicht mehr auf das blosse Zurückbehalten beschränkt, sondern ist, gleich dem Pfandgläubiger, befugt, sich aus der zurückbehaltenen Sache abgesondert zu befriedigen. Allerdings hat er sich dem Konkursverwalter unterzuordnen, wenn dieser von den Befugnissen Gebrauch machen will, welche ihm die §§ 120 (Recht auf Vorzeigung und Abschätzung), 126 und 127 (Recht auf Vornahme des Verkaufs) gewährleisten.

Die an der Spitze dieses Paragraphen aufgestellte Regel berührt die Fälle nicht im mindesten, in denen sich Ansprüche gegenüberstehen, welche während des Konkursverfahrens zwischen einem Dritten und der durch den Konkursverwalter vertretenen Gläubigerschaft als solcher entstanden sind. Ein Anlass auch in diesen Fällen das Z.B.R. im Prinzip auszuschliessen, war nicht vorhanden. Jedoch hat das Gesetz in § 223 (K.O.) die Sonderbestimmung getroffen, dass dem Erben wegen der ihm nach den §§ 1978, 1979 des B.G.B. aus dem Nachlasse zu ersetzenden Aufwendung ein Z.B.R. nicht zustehe. § 1978 B.G.B. schreibt nämlich vor, dass für die nach Eröffnung des Nachlasskonkurses notwendig werdende Auseinandersetzung über die

bisherige Verwaltung des Nachlasses zwischen dem Erben einerseits und den Nachlassgläubigern andrerseits das Verhältnis zwischen beiden Teilen so ansusehen sei, als ob der Erbe vor Annahme der Erbschaft den Nachlass für die Gläubiger als Geschäftsführer ohne Auftrag, nach Annahme als Beauftragter verwaltet hätte. Folgerichtig müsste man dem Erben wegen seiner Gegenansprüche aus diesem gesetzlichen Schuldverhältnisse ein Z.B.R. zugestehen. Der Gesetzgeber befürchtete aber wohl, dass durch die Ausübung eines solchen dem Konkursverwalter die Erfüllung seiner Aufgaben sehr erschwert, unter Umständen sogar unmöglich gemacht würde, und beugte daher durch die Bestimmung des § 223 K.O. vor, hielt aber den Erben dadurch schadlos, dass er seine Ersatzansprüche gemäss §§ 1978 f. als Masseschulden anerkannte (§ 224 Z. 1 K.O.).

§ 13.

3. Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung.

Z.B.R. und Aufrechnung [1]) sind Zwangsmittel des Schuldners, um die gleichzeitige Erfüllung des eigenen und des gegnerischen Anspruchs herbeizuführen. Beide Rechtsbehelfe wollen „verhüten, dass eine Partei ihre Forderung beitreibe, während entgegenstehende, zur Erfüllung gleich reife Ansprüche des Gegenteils unbefriedigt bleiben“.[2]) Während jedoch die Aufrechnung den Untergang der gegenüberstehenden Forderungen zur Folge hat und die Befriedigung unmittelbar bewirkt, lässt das Z.B.R. die gegenüberstehenden Ansprüche in ihrem Bestande unberührt und sucht auf dem Wege indirekten Zwanges, nämlich mittels zeitlicher Hemmung des gegnerischen Anspruchs, zum Ziel zu gelangen. Beide setzen fällige und wechselseitige Ansprüche voraus; die Aufrechnung verlangt jedoch weiterhin Gleichartigkeit, nicht

[1]) Dernburg, Kompensation § 43; G. E. A. Richter, Kompensation und Retention.

[2]) Dernburg a. a. O. S. 367.

aber Konnexität derselben, das Z.B.R. Konnexität, nicht aber Gleichartigkeit. Ein weiterer bemerkenswerter Unterschied besteht darin, dass das Z.B.R. eine Einrede erzeugt, das Aufrechnungsrecht nicht; denn wer aufgerechnet hat, verweigert die Leistung nicht weil er ein Gegenrecht besitzt, sondern weil der Anspruch des Gegners vernichtet ist; wer aufrechnen kann, aber nicht aufrechnet, kann die Leistung überhaupt nicht verweigern.[1]) Erfüllt der zur Aufrechnung Berechtigte in Unkenntnis seines Rechts, so steht ihm die condictio indebiti zu; der Zurückhaltungsberechtigte, der irrtümlicher Weise erfüllt, hat diese condictio nicht.[2]) Endlich ist anzuführen, dass der Zinsenlauf, den die Aufrechnungserklärung beseitigt, durch die Ausübung des Z.B.R. nicht gehemmt wird.

Angesichts dieser wesentlichen Verschiedenheiten zwischen den beiden Rechtsbildungen ist es angezeigt, bei Analogieschlüssen von dem einen Recht auf das andere Vorsicht walten zu lassen. Dies gilt besonders für die in der Praxis nicht unerhebliche Frage, ob die Bestimmung des § 394 („Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt") auf das Z.B.R. entsprechend anzuwenden ist.[3])

Die Frage scheint verneint werden zu müssen, weil eine abweichende Behandlung des Z.B.R. dadurch begründet erscheint, dass das Z.B.R. einen inneren Zusammenhang zwischen den Ansprüchen voraussetzt, die Aufrechnung nicht, dass ferner das Z.B.R. die Existenz der Ansprüche nicht alteriert, die Aufrechnung aber den Untergang derselben herbeiführt.

Würde man aus diesen Gründen die Ausübung des Z.B.R. auch an unpfändbaren Forderungen für zulässig halten, so bedürfte doch ein Punkt näherer Erwägung.

Stehen sich gleichartige Forderungen gegenüber, bei denen die Aufrechnung gemäss § 394 ausgeschlossen ist, so müsste

[1]) Windscheid-Kipp II S. 439 ff. und I S. 181 f.

[2]) Windscheid-Kipp II S. 441 ff.

[3]) Vgl. zum folgenden Dernburg, Schuldverh. 1. Abt. § 59 und Schollmeyer zu § 394.

der Richter den das Z.B.R. geltend machenden Beklagten nach dem strengen Wortlaut des Gesetzes auf Leistung gegen Empfang der Gegenleistung verurteilen. Ein solches Urteil würde den Vorwurf öder Formaljustiz herausfordern; denn Gleiches gegen Gleiches auszutauschen, ist sinnlos.[1]) Dernburg sagt daher a. a. O. mit Recht, dass sich in diesem Fall das Z.B.R. zur Aufrechnung gestalten müsse, zu einer Aufrechnung freilich, die ein Surrogat der Zurückbehaltung sei und deshalb der Herrschaft der allgemeinen Regeln über Aufrechnung nicht unterstehe. Mag man nun auch formell die Aufrechnung dieses speziellen Falles in Gegensatz zu der gewöhnlichen Aufrechnung stellen, soviel steht jedenfalls fest, dass hier das Z.B.R. Wirkungen äussert, die von § 394 ausdrücklich verpönt werden.

§ 394 hat nicht zwischen konnexen und nichtkonnexen Forderungen unterschieden. Die Motive zu § 288 des Entwurfs beweisen, dass dies mit Ueberlegung geschehen ist. Um Härten dieser generellen Regelung zu mildern, wurde in Art. 81 E.G. z. B.G.B. bestimmt, dass die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben sollen, welche die Aufrechnung gegen die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten u. s. w. aus dem Amts- oder Dienstverhältnisse auf Besoldung, Wartegeld, Ruhegehalt u. s. w. abweichend von der Vorschrift des § 394 B.G.B. zulassen. Hiezu bemerken die Protokolle, dass es sich bei Einfügung des Art. 81 keineswegs um fiskalische Interessen, sondern um das Interesse des Dienstes selbst handle, um ein wirksames Mittel, die Beamten zu pflichtmässiger Sorgfalt anzuhalten. Man hat also namentlich in den Fällen, wo den Gehaltsansprüchen der Beamten Forderungen gegen dieselben aus Dienstpflichtverletzungen, somit aus demselben rechtlichen Verhältnisse, gegenüberstehen, eine Ausnahme von der Bestimmung des § 394 gemacht, im übrigen aber die Regel nicht angetastet, dass die

[1]) Im Fall des § 391 Abs. 2 — wo die eine Leistung in X, die andere zu bestimmter Zeit in Y zu erfüllen ist — handelt es sich nicht um inhaltlich durchaus gleichartige Leistungen. Die Verurteilung auf Leistung Zug um Zug ist daher wohl angängig.

Aufrechnung gegen eine unpfändbare Forderung auch bei Konnexität der Ansprüche unbedingt ausgeschlossen sei.

Dieser Grundsatz würde erschüttert werden, wenn an einem unpfändbaren, mit dem Gegenanspruch gleichartigen Anspruch das Z.B.R. ausgeübt werden dürfte, da hier in Wirklichkeit das Z.B.R., wie oben dargelegt, dieselben Wirkungen zeigt wie die Aufrechnung.

Das Z.B.R. ist daher jedenfalls in diesem Falle für unzulässig zu halten.[1]) Man muss aber weiter gehen und das Z.B.R. allgemein für unanwendbar erklären, sobald es sich gegen eine unpfändbare Forderung richtet. Zu diesem Resultat führt die ratio, welche dem § 394 zu Grunde liegt und darin besteht, dass auf den notwendigen Lebensunterhalt des Schuldners nicht nur bei der Zwangsvollstreckung, sondern auch bei sonstigen Rechtshandlungen Rücksicht zu nehmen sei, die auf eine zwangsweise Befriedigung des Gläubigers abzielen. Ist aber dies die ratio des § 394, dann muss dieser Paragraph auf das Z.B.R. analog ausgedehnt werden, auf das Recht, das in gleicher Weise wie die Aufrechnung ein Zwangsmittel des Gläubigers zur Verwirklichung seines Anspruchs ist. In der That kommt es auf dasselbe hinaus, ob der Dienstherr den vom Arbeiter pflichtwidrig verursachten Schaden selber repariert und die Schadensersatzforderung auf die Lohnforderung aufrechnet, oder ob er auf Naturalreparation besteht und die Lohnforderung bis zur Erfüllung zurückbehält: in beiden Fällen sieht sich der Arbeiter zur Zeit der Mittel zur Bestreitung seines Lebensunterhalts beraubt.

---

[1]) Konsequenz obiger Ausführungen ist, dass, wenn die Aufrechnung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden ist, im Zweifel auch das Z.B.R. nicht zugelassen werden kann.

§ 14.

4. Erlöschen und Hemmung des Z.B.R.

I. Das Z.B.R. erlischt:

1. Durch die vom Gegner angenommene Verzichtserklärung des Berechtigten. Ein Verzicht liegt in der vorbehaltlosen Aushändigung des Zurückbehaltungsobjekts an den Gegner.

2. Durch die Konkurseröffnung über das Vermögen des Gegners, soweit nicht die Ausnahmebestimmungen des § 17 und § 49 Z. 3 K.O. Platz greifen.

3. Durch den Untergang des einen oder andern der gegenüberstehenden Ansprüche. Verliert der Berechtigte den Besitz der res retenta in unwiederbringlicher Weise, so endet das Z.B.R. nur dann, wenn damit zugleich der Anspruch des Gegners gegen den Berechtigten zu existieren aufhört; erst in diesem Fall fehlt es dem Berechtigten an einem Zurückbehaltungsobjekt.[1])

4. Dadurch, dass die Ansprüche eine der Eigenschaften verlieren, welche eine wesentliche Voraussetzung für die Zulässigkeit des Z.B.R. bilden, z. B. Fälligkeit, Wechselseitigkeit.

Der Verjährung unterliegt das Z.B.R. nicht, da es — wie Langfeld mit Recht betont[2]) — lediglich zur Abwehr eines fremden Angriffs berechtigt, ein positives Handeln aber nicht ermöglicht.

II. Nach § 273 Abs. 3 kann der Gläubiger die Ausübung des Z.B.R. durch Sicherheitsleistung abwenden. Diese Bestimmung ist auf § 1000 analog zu übertragen (s. oben S. 52); die Anwendung auf § 320 ist ausdrücklich ausgeschlossen.

Sicherheitsleistung ist kein Endigungs- wohl aber ein Hemmungsgrund des Z.B.R. Das Recht ruht, solange genügende Sicherheit vom Gegner geleistet ist. Wird aber die Sicherheit unzureichend und ergänzt sie der Gegner nicht (vgl. § 240), so steht der abermaligen Geltendmachung des Rechts nichts im

[1]) Ungenau Dernburg, Schuldverhältnisse 1. Abt. § 58, VI.
[2]) A. a. O. § 27 S. 145.

Wege. Denn nur solange kann vernünftiger und billiger Weise dem Berechtigten die Ausübung versagt sein, als in Wirklichkeit hinreichende Sicherheit für ihn vorhanden ist.[1])

Im gemeinen Recht herrschte Streit, ob Sicherheitsleistung das Z.B.R. zu beseitigen im stande sei. Manche Rechtslehrer[2]) waren der Ansicht, der hauptsächliche Zweck des Z.B.R., die Anregung des Gegners zur Zahlung, werde gefährdet, wenn man ihm die Möglichkeit gebe, das Z.B.R. durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Unzweifelhaft gewinnt das Z.B.R. durch den Ausschluss der Sicherheitsleistung ganz besonderen Nachdruck. Es fragt sich aber, ob es mit den Grundsätzen der Billigkeit zu vereinigen ist, wenn man den Interessen des Zurückhaltungsberechtigten zum Nachteil derer des Gegners eine solch nachdrückliche Unterstützung angedeihen lässt. Das B.G.B. verneint das mit Recht. Es wäre positiv ungerecht, wenn der Gegner von Erfüllung abgesehen, kein Mittel hätte, den Gegenstand der Zurückbehaltung auszulösen, dessen Wert den des Gegenanspruchs weit übersteigt, oder wenn er sich, um Weiterungen zu vermeiden, genötigt sehen würde, die grundlosen Forderungen des Zurückhaltenden vorläufig zu befriedigen.

Die Höhe der Sicherheit bemisst sich nach dem Wert des Anspruchs des Zurückhaltenden; der Wert der zurückbehaltenen Leistung bleibt ausser Ansatz. Dass die Sicherheit gerade mit Rücksicht auf das Z.B.R. gewährt wurde, ist keineswegs erforderlich; eine Hinterlegung von Wertpapieren oder eine Verpfändung von beweglichen Sachen, die schon früher und aus anderem Grunde erfolgte, von dem ursprünglichen Zweck jedoch nur zum Teil in Anspruch genommen ist, muss genügen, wenn sie den Bestimmungen der §§ 232 ff. entspricht, und der Gegner erklärt, dass er die bereits vorhandene Sicherung als Sicherheitsleistung i. S. des § 273 Abs. 3 aufgefasst wissen wolle.

Gemäss §§ 232 ff. erwirbt der Zurückhaltungsberechtigte

---

[1]) Ebenso Schollmeyer zu § 273, Z. 4.

[2]) Schenck S. 337 ff.

an dem Sicherungsgegenstand ein Recht, das ihm die Befugnis eröffnet, im schlimmsten Fall aus dem Gegenstand selbst seine Befriedigung zu suchen. Damit ist sein Interesse in der überwiegenden Zahl der Fälle durchaus gewahrt, ja besser gewahrt als zuvor, da das Z.B.R. nicht zur Befriedigung aus dem Zurückbehaltungsobjekte geführt hätte.

Der Satz, dass der Gläubiger die Ausübung des Z.B.R. durch Sicherheitsleistung abwenden kann, ist ohne zeitliche Beschränkung ausgesprochen. Der Gläubiger hat also das Recht der Sicherheitsleistung selbst dann noch, wenn die Verurteilung des Schuldners auf Leistung Zug um Zug erfolgt und rechtskräftig geworden ist.[1]) Allerdings spricht § 274 von einer Verurteilung des Schuldners zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung und erwähnt eine Verurteilung zur Leistung gegen Sicherheitsleistung nicht. § 274 ist aber nicht dahin zu verstehen, dass mit Rechtskraft des Urteils § 273 Abs. 3 ausser Wirkung gesetzt, und dem Schuldner ein ausschliessliches Recht auf die ihm gebührende Leistung eingeräumt sei, vielmehr dahin, dass zwar der Schuldner ein Recht auf Leistung hat, der Gläubiger aber zwischen definitiver Erfüllung und Sicherheitsleistung wählen kann — facultas alternativa. Anders nur, wenn auch der Schuldner widerklagend ein rechtskräftiges Urteil gegen den Gläubiger erwirkt hat; nunmehr ist er in der Lage, die Sicherheitsleistung zurückzuweisen und selber die Zwangsvollstreckung gegen den Gläubiger unter Angebot seiner Leistung zu betreiben.

Kraft ausdrücklicher Vorschrift ist die Sicherheitsleistung durch Bürgen nicht zugelassen, da — wie die Motive begründen — eine solche dem Zurückhaltungsberechtigten nicht eine gleich reelle Sicherheit zu gewähren vermag als diejenige, welche ihm durch Zurückhaltung der Leistung gegeben ist.

---

[1]) Teilweise A. M. Windscheid-Kipp II § 255 S. 29, Ziff. 3b.

Benützte Litteratur.

I. Kommentare.

Biermann, Kommentar zum B.G.B., Sachenrecht 1898.
Fischer-Henle, Handausgabe des B.G.B., 3. Aufl. 1899.
Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, 1899.
Planck, Kommentar zum B.G.B., 2. Buch. 2. Aufl. 1898.
v. Sarwey-Bossert, Kommentar zur Konkursordnung, 4. Aufl. 1901.
Schollmeyer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse im Kommentar zum B.G.B. von Hölder, Schollmeyer u. a., 1899.

II. Lehrbücher und Monographieen.

Bierling, zur Kritik der jurist. Grundbegriffe 1883.
Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerl. Rechts 1898.
Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts 1900.
Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation, 2. Aufl. 1868.
Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts 1860. 1864.
Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reichs und Preussens 1899 und 1901.
Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preussens 1901.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts 1868.
Groskopff, Zur Lehre vom Retentionsrechte 1858.
G. Hartmann, Die Obligation 1875.
Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts 1891.
Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrecht 1886.
Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1897.
Luden, Das Retentionsrecht 1839.
Mandry-Geib, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 4. Aufl. 1898.
Mitteis, Die Individualisierung der Obligation 1886.

v. Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen II. Bd. 1895.
Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts 1885.
G. E. A. Richter, Kompensation und Retention, Greifswalder Diss. 1895.
Schenck, Die Lehre von dem Retentionsrechte 1837.
Schmidt, Richard, die Aenderungen des Civilprozessrechts nach den Novellen des Jahres 1898. 1898.
Schwanert, Die Naturalobligationen des römischen Rechts 1861.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren 1897.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht 1879.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl. 1876.
Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts 1885.
Wach, Feststellungsanspruch in Festgabe der Leipz. Jur.-Fak. für Windscheid. Leipzig 1888.
Wach, Vorträge über die Reichscivilprozessordnung 1896.
v. Wächter, Pandekten 1881.
Wendt, Lehrbuch der Pandekten 1888.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. 1900.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Allg. Tl. 1900.

III. Aus Zeitschriften und Sammlungen von Entscheidungen.

1. Archiv für die civilistische Praxis:
Cramer, Bemerkungen über das sog. Retentionsrecht Bd. 37.
Heerwart, Ueber die exc. non adimpleti contractus Bd. 7 u. 14.
G. Rümelin, Obligation und Haftung Bd. 68.
2. Archiv für bürgerliches Recht von Kohler u. a.:
Josef, Besitzklagen des B.G.B. Bd. 15.
3. Archiv für praktische Rechtswissenschaft:
Zaun, Beiträge zur Lehre vom Retentionsrecht Bd. 4.
4. Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines B.G.B.:
Heft 11: Seuffert, Die allg. Grundsätze des Obligationenrechts.
5. Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts:
Korn, Das Z.B.R. des Rechtsanwalts an den Handakten, 8. Jg. 1897.
6. Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht:
v. Schey, Ueber Rechtsverwandlungen Bd. 7 u. 8.
7. Iherings Jahrbücher für Dogmatik:
Bekker, Zur Reform des Besitzrechts Bd. 30.
8. Juristische Monatschrift für Posen und Westpreussen:
Simon, Das Z.B.R. des B.G.B. 1. Jg. 1898.
9. Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft:
Windscheid, Bd. 1. S. 127.

10. Seufferts Archiv:

37. Bd. No. 245	45. Bd. No. 72
39. „ „ 182	47. „ „ 177
41. „ „ 169	51. „ „ 87
43. „ „ 194	55. „ „ 1
44. „ „ 156 u. 278	

11. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen:

8. Bd. S. 364	15. Bd. S. 421
9. „ „ 295	20. „ „ 133
14. „ „ 231	22. „ „ 218

IV. Motive, Kommissionsprotokolle und Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B., Guttentagsche Ausgaben.

Abkürzungen:

Die Paragraphen ohne nähere Bezeichnung sind Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Z.B.R. = Zurückbehaltungsrecht.